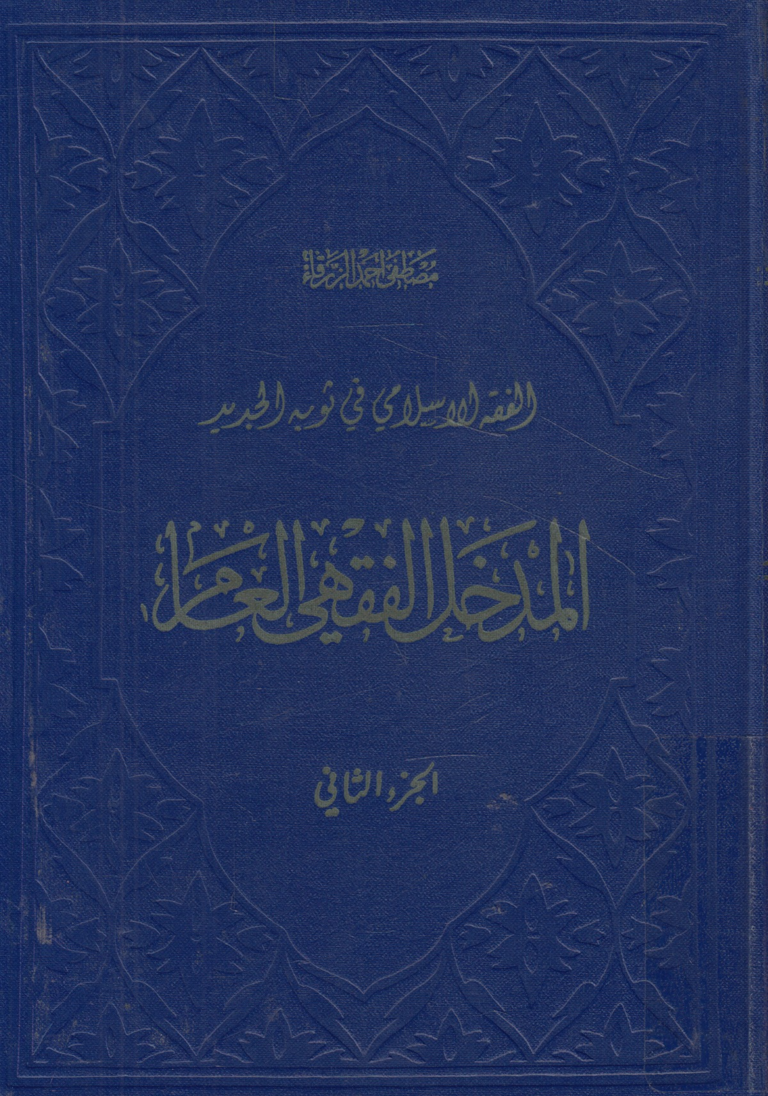


مصطفى أحمد الزرقاء
الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد
المدخل الفقهي العام
الجزء الثاني

مصطفى أحمد الزرقاء

أستاذ القانون المدني والشريعة الاسلامية
في كلية الحقوق بجامعة دمشق

الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد

الجزء الثاني

المدخل الفقهي العام

وهو يتضمن :

- مقدمة تعريفية وتاريخية للفقه الاسلامي وأصوله
- النظريات الكبرى الأساسية في مباني الأحكام الفقهية
- القواعد الكلية مرتبة ترتيباً جديداً ، ومشروحة بايجاز

طبعة عاشرة

مذيلة بفهارس عديدة ، وفهرس أبجدي هام

مطبعة طربين - دمشق

١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م

الباب الثالث

نظرية المؤيدات الشرعية

في الفقه الاسلامي

الفصل الأول

منشأ المؤيدات ، وتعريفها ، وتقسيمها

أ) ـ منشأ المؤيدات

٣٠٧ ـ الشرائع انما تؤسس لتنظيم علاقات الناس ، ولصيانة مصالحهم العامة والخاصة ، واقامة العدل ، ومنع العدوان بينهم .

ومن أهم خصائص التشريع العملي أنه الزامي يجب أن يخضع له المكلفون ، ويحترموا أوامره ونواهيه ، ويلتزموا الجادة التي خطها لهم في أعمالهم ومعاملاتهم المولدة للحقوق بينهم .

ـ والمراد بالأعمال جميع الأفعال المادية التي تصدر عنهم ، كالسير ، والكلام ، والأكل ، والشرب ، والركوب ، والاستعمال ، والاستهلاك ، والحيازة الخ .. مما يمكن أن ينشأ عنه حق ولو لم يقصد الفاعل بفعله الى انشاء هذا الحق .

ـ والمراد بالمعاملات التصرفات المدنية : أي التي يقصد بمباشرتها

إنشاء الحقوق أو إسقاطها بين شخصين فأكثر ؛ سواء أكانت من تصرفات الارادة المنفردة ، كالطلاق ، والابراء ، والوقف ؛ أوكانت من العقود ذات الطرفين ، كالبيع والشركة .

٣٠٨ ــ ففي جميع الأعمال والمعاملات يجب أن يراعى نظام التشريع ، وتحترم أوامره :

أ) ـ ففي الأعمال العادية اذا سار الانسان مثلاً ساعياً في شؤونه وحاجاته يجب أن يتقيد بنظام السير ، وأن لا يتخذ أرض غيره طريقاً.

ومن كلم سواه أو تكلم عنه يجب أن لا يجرح كرامته وحرمته باهانة أو سب أو قدح .

ومن أكل أو شرب أو استعمل أو استهلك أو احتاز واستولى يجب أن ينحصر عمله في نطاق ماله وحقوقه، أو نطاق سلطته وصلاحيته، فلا يمس في ذلك شيئاً من مال غيره أو حقوقه ؛ وهلم جراً ...

ب)ـ وفي المعاملات من العقود وسائر التصرفات المدنية يجب أن يتقيد الانسان بالطرق والمراسم والأشكال وسائر الشرائط التي يحددها التشريع ويوجبها ، لأنه لم يوجبها إلا لمصلحة قدرها الشارع . ولمنع مشكلات يلحظ أنها قد تنشأ من عدم مراعاتها .

فيجب مثلاً في العقد أن يحصل تبادل الارادتين بصورة جازمة واضحة ، وأن يكون العاقد ذا أهلية للعقد ، وأن يكون المعقود عليه

معلوماً ليمكن التنفيذ وقطع النزاع بلا إشكال ، وأن لا يكون موضوعه عملا أو أمراً يمنعه الشرع ، وأن يجري وفقاً للمراسم الشكلية التي يفرضها التشريع القائم : بأن يكون العقد مثلا معلناً بحضرة شهود فيما يجب فيه الاشهاد كالزواج ، وأن يكون مكتوباً أو مسجلا بالطرق المخصوصة فيما يجب فيه الكتابة أو التسجيل كالشركات القانونية والوكالة بالخصومة ، وكبيع العقار اليوم في مثل بلادنا ، وذلك لأن هذه القيود من شرائط ومراسم ، إنما فرضها التشريع تنظيماً وضبطاً ، ودفعاً لمحاذير ، ورعاية لمصالح ، فيجب أن يتقيد بها الناس في معاملاتهم كلما أوجب التشريع شيئاً منها في شيء من المعاملات .

٣٠٩ ــ فلكي يكون التشريع التنظيمي محترماً مطاعاً في أمره ونهيه يجب أن يكون الى جانبه من الأحكام والترتيبات ما يضمن له هذه الحرمة ، ويلجىء الناس الى طاعته . وذلك بأن يرتب الشارع على المخالفة لأمره ما يجعل الطريق المخالف وعر المسالك ، عقيم المساعي ، بحيث لا يجد الانسان الثمرة التي يبتغيها من عمله ومسعاه إلا في سلوك الطرق التي عينها الشارع . وإلا فان التشريع يكون فاقداً صفته الالزامية ، فيكون عندئذ أشبه بالمواعظ الارشادية منه بالقوة الملزمة ، فتسهل على الناس مخالفته اذا كانت مخالفته كطاعته من حيث النتيجة في تحصيل الثمرة التي يسعى إليها الفاعل .

فتلك الأحكام التي تشرع ، لا لتنظيم علاقات الناس ومصالح الجماعة، بل لتأييد أصل التشريع الناظم لتلك العلاقات والمصالح، وإلجاء الناس الى طاعته في أمره ونهيه ، هي ما تسمى في اصطلاح الحقوق الحديثة : مؤيدات[1] . ذلك لأنها تؤيد التشريع ، أي تكسبه القوة اللازمة . وقد تسمى أيضاً : ضوامن ، جمع ضامن ، لأنها تضمن هذه الطاعة للشرع القائم وتتكفل بها . وفقهاء الاسلام يسمونها زواجر ، لأنها تزجر عن تنكب جادة الشرع ومخالفة أوامره[2] .

---

(١) — اصطلح القانونيون في مصر على تسميتها بالجزاء . اما في اصطلاح بلادنا فتسمى : مؤيدات .

والتأييد في اللغة هو التقوية ، ومنه قولهم : أيدك الله تأييداً . وهو مشتق من « الأيد » (بفتح فسكون) بمعنى القوة الشديدة ، ومنه ما جاء في القرآن العظيم : « والسماء بنيناها بأيد » (ر : المصباح ، ومفردات الراغب) .

ويقال : رجل « أيد » بتشديد الياء المكسورة وزان « سيد » أي قوي. فالمؤيدات التشريعية : هي الأحكام التي تكسب التشريع قوة وتجعله مهيباً مطاعاً.

ويقابلها في اللغة الفرنسية كلمة : sanctions ، ومعناها الجزاء والمكافآت التي تمنع مخالفة القانون وتكفل تنفيذه (معجم لاروس) .

(٢) ان للإمام أبي إسحق ابراهيم الشاطبي الغرناطي في كتابه « الموافقات في أصول الشريعة » بياناً نفيساً له صلة بهذا المقام نرى أن نلخصه هنا لفائدته . فقد قسم المصالح ، وكذا الأحكام التي تشرع لصيانتها ، الى ثلاثة أقسام : ضروريات ، وحاجيات ، وتحسينات : أي كماليات . وقد تقدم بيانها (ر : ف/٢٦ — ٢٧) ، ثم قال ما خلاصته :

« ان الضروريات ضربان : =

. . . .

= (أحدهما) فيه حظ للانسان عـــاجل مقصود ، كقيام المرء بمصالح نفسه وعياله في الاقتيات واتخاذ المسكن واللباس، وما يستدعيه ذلك من المتممات ، كالبيوع والإيجارات والأنكحة وغيرها من وجوه الاكتساب التي تقوم بها الهياكل الانسانية ـ أي الوجود الانساني ـ.

(والثاني) ليس فيه حظ عاجل مقصود للمكلف ، كالتعليم والجهاد وعدم التعدي على حقوق الغير ، ونحو ذلك من الأمور التي شرعت لمصالح عامة اذا فرض ترك الناس لها انخرم النظام .

وسياسة التشريع الاسلامي في تحقيق طاعة نظامه الذي يرمي الى حمل الانسان على اقامة هذه المصالح أنه :

ـ في النوع الاول : وهو ما فيه حظ عـاجل ، لا يؤكد الشرع على الانسان الطلب بالنسبة الى نفسه ـ أي لا يرتب عليه ما يقتضيه التأكيد من الضوامن الزاجرة عن المخالفة ـ بل يقف التشريع موقفاً اقرب الى الاباحة منه الى الطلب المؤكد، كقوله تعالى «أحل الله البيع »، وقوله «كلوا من طيبات ما رزقناكم» وما أشبه ذلك، مع أن العالم لا يقوم الا بالتدبير والاكتساب. فهذا الموقف من الشارع كالحوالة على مـا في جبلّة الانسان من الدوافع الباعثة على الاكتساب .

ـ وأما في النوع الثاني: وهو ما ليس للانسان فيه حظ مباشر، فإن الشرع يؤكد الطلب فيه ويوجبه ايجاباً، لأنه ليس في طبـع الانسان داع اليه يخدمه ويحمل الانسان على فعله ؛ بل هو على الضد من ذلك ـ أي إن في نفس الانسان مايدعوه الى المخالفة ـ فلذا يؤكد الطلب فيه ، ويكف عن المخالفة بالزجر والتأديب . وذلك كالنهي عن قتل النفس والزنى والسرقة والخمر وأكل الربا وأكل أموال الناس بالباطل وأشباه ذلك ، لأن الطبـع النازع=

وهي تتصل بموضوع حكمة التشريع ، وتعد من أهم مباحثه .

ب) ــ تعريف المؤيدات

٣١٠ ــ بناء على ما تقدم يمكننا تعريف المؤيدات الشرعية بأنها هي :

كل ما يشرع من التدابير لحمل الناس على طاعة أحكام الشريعة الاصلية .

وبعد ما سبق بيانه يصبح هذا التعريف واضحاً بلا حاجة الى ايضاح . فالتشريع الكامل يتضمن دائماً نوعين من الأحكام :

ــ **أحكاماً أصلية** : وهي التي يتكون منها نظام الشريعة الناظم للمصالح والعلاقات والمعاملات ، وتجب حماية حدودها من تجاوز الناس عليها .

ــ **وأحكاماً تأييدية** : لأجل حماية تلك الأحكام الأصلية .

فالمؤيدات الشرعية هي الأحكام **الحامية** .

والنظام الأصلي الذي شرعت المؤيدات لحمايته هي الأحكام **المحمية** .

فالمؤيدات بالنسبة الى أصل الشريعة كالجيش بالنسبة الى البلاد

= بالانسان الى طلب حظوظه ومصلحته ودرء مضرته يدعوه الى الوقوع على هذه الاشياء فيحتاج الى الزواجر عنها » اه « الموافقات » بتلخيص وتصرف من النوعين الاول والرابع من أنواع مقاصد الشارع : ج ٢ ص ٨ - ١٢ و ١٨٠ - ١٨٣) .

ومصالحها : يذود عنها ، ويحمي حدودها ، وينكل بمن يتجاوز عليها .
واذا فقد الجيش الحامي أو اضمحلت قوته استبيحت البلاد وزال سلطان الدولة ، فكذلك اذا فقدت المؤيدات التشريعية هتكت حرمة الشريعة ولم يبق لها سلطان .

ج)ــ تقسيم المؤيدات

٣١١ – المؤيدات الترغيبية ، المؤيدات الترهيبية

إن المؤيدات الشرعية تنقسم الى نوعين أساسيين متعاكسين ؛ وذلك بحسب كون المقصود الشرعي بها هو حمل الناس على فعل ، أو منعهم عنه .

وهذان النوعان الاساسيان هما : المؤيدات الترغيبية ؛ والمؤيدات الترهيبية :

أ)ــ فعندما يكون غرض الشارع تشويق الناس الى فعل مرغوب التحصيل ، وتنشيطهم إليه ، وحملهم على تحمل مشاقه وأعبائه، يرتب على الاقدام عليه مكافأة ومنحة ترغبهم فيه .

وذلك كما تعفي القوانين المالية اليوم المنشآت الزراعية والصناعية من الضرائب المطروحة على أمثالها عدة سنوات منذ إنشائها ، وكما تسن أنظمة لمنح الرواتب المالية التي ترتب للمتزوجين من الشباب ، وكالتعويضات العائليه التي توظف لهم وتقرر على عدد أولادهم في بعض

الدول ترغيباً في الزواج .

ومن هذا القبيل في الاسلام التنفيل المشروع في معارك الجهاد الحربي . والتنفيل هو حق الامير أو القائد في أن يعلن للجند أن من قتل قتيلا من الاعداء فله سلَبة ، ترغيباً للجند وتقوية لعزائمهم ، كما فعل النبي عليه السلام في غزوة « حنين » . وعندئذ يستحق كل مجاهد أسلاب قتيله فتكون منحة خاصة له .

ويجري هذا المجرى أيضاً الطريقة التي اوجبها الاسلام في ضريبة الزكاة على المواشي ، إذ أخذ فيها بطريقة النسبة النازلة ، لما في تربية المواشي من مشقة ونفع عام يقتضيان التشجيع عليها . فخفف ضريبتها بنسبة تتناسب عكساً مع كثرة مايقتنيه الشخص منها ، الى أن تثبت الضريبة على نسبة واحدة فيما بعد القدر الذي يستطيع الشخص العادي اقتناءه والعناية بتربيته .

هذا ، وبما أن الاسلام نظام اصلاحي لنواحي الحياة الثلاث : الروحية ، والمادية ، والمدنية معاً ، لذلك كانت المؤيدات الترغيبية الأخروية في الاسلام كثيرة جداً ولا سيما فيما يتصل بأعمال الخير ، وإخلاص العمل ، وإصلاح الأحوال ، والتضحيات الواجبة، وإيثار المصلحة العامة على المصلحة الشخصية الخاصة عند التعارض .

ومن هذا القبيل ما جاء عن النبي عليه الصلاة والسلام أن من همّ

بحسنة ، ولم يتيسر له فعلها كتبت له حسنة واستحق ثوابها الأخروي عند الله تعالى ، ومن همّ بسيئة ولم يفعلها لم تكتب عليه شيئاً (ر : « الترغيب والترهيب » للحافظ المنذري ، والجامع الصغير للسيوطي رقم/ ١٧٦٣) .

وهذا مؤيد ترغيبي للحمل على نية الخير ، والاقلاع عن نية السوء قبل تنفيذها .

ب) — وعندما يكون غرض الشارع منع الناس من مخالفة أمره ونهيه يرتب على المخالفة جزاء زاجراً يكون هو المؤيد الترهيبي الضامن لمنع المخالفة .

٣١٢ — تنوع المؤيد الترهيبي

وهذا المؤيد الترهيبي الزاجر نوعان : تأديبي، ومدني (أي حقوقي). ذلك لأن حكمة التشريع تقتضي تنويع المؤيد الترهيبي بحسب أنواع المخالفات تبعاً لموضوع النظام التشريعي الذي تنتهك المخالفة حرمته .

أ) ـ فاذا كان الفعل المخالف من قبيل الجرائم العدوانية التي تخل بأمن المجتمع ونظام الجماعة ، فالجزاء المؤيد يجب أن يكون تأديبياً بعقوبة قامعة ترهب من الاقدام على الفعل المخالف الموجب لها .

وهذا النوع هو المؤيد التأديبي ، أو العقوبة ، ويتألف منه نظام العقوبات في تشريع الدولة .

وهذه العقوبة قد تكون بدنية ، أو مالية ، أو حاجزة للحرية كالحبس والنفي ، أو معنوية كالتشهير بالشخص وتجريسه . وقد تكون مركبة من عنصرين فأكثر .

ومن الواضح أن هذا النوع من المؤيدات لا يضمن منع المخالفات وقطع دابر الاجرام بحيث ينتفي من المجتمع ؛ لكنه كل المستطاع في التشريع ، لأن أفعال الناس المادية لا يمكن السيطرة عليها سيطرة تامة ؛ فقد يقدم الانسان على الجريمة ويفاجىء بها بحيث لا تمكن الحيلولة دونها ، وهو راض بالعقوبة ولو كانت موتاً .

ب) ـ وإذا كان الفعل المخالف من قبيل إهمال الشرائط التي يفرضها التشريع في النظام المدني لأنواع معاملات الناس وتصرفاتهم الحقوقية من عقود وغيرها ، فان المؤيد لمنع المخالفة ينبغي أن يكون حرمان المتصرف من النتائج التي يبتغيها من تصرفه . وذلك بأن يعتبر عمله في نظر التشريع لغواً : أي مسلوب الحكم والنتيجة ، فلا يكسب صاحبه الحق المطلوب ، ولا يحتج به أمام القضاء عند الاقتضاء .

وهذا النوع هو المؤيد المدني ، او الحقوقي ، وينشأ عنه نظرية البطلان وتفاريعها في التشريع المدني .

ومن الواضح أن هذا النوع من المؤيدات هو أقطع لدابر المخالفة من المؤيد التأديبي ، لأن ترتيب النتائج الحقوقية على التصرفات

ليس هو أثراً مادياً لفعل محسوس ربما لا تمكن الحيلولة دونه ، بل هو أمر اعتباري منوط باعتبار الشارع . فاذا سلب الشارع عن التصرف المخالف لنظامه الشرعى نتائجه كلها أو بعضها لم يستطع الفاعل بوجه من الوجوه أن يكتسب أمام السلطة القضائية ما نفاه الشارع من الحقوق ما دام القضاء هو المطبق والمنفذ لشريعة الشارع .

٣١٣ — درجات الالغاء

وهذا الالغاء لحكم التصرف المخالف ليس درجة واحدة :

١) — فقد يكون إلغاء كلياً ، وذلك اذا كانت المخالفة لنظام التعامل واقعة في ناحية أساسية . وعندئذ يسمى المؤيد : بطلاناً .

٢) — وقد يكون إلغاء جزئياً من بعض الوجوه، وذلك اذا كانت المخالفة في ناحية فرعية ، وعندئذ يسمى المؤيد : فساداً .

٣) — واذا كانت التصرف يمس حقاً محترماً للغير ، كمن باع مال غيره بلا إذنه ، فان العقد يكون معتبراً في ذاته إذا استوفى شرائطه ؛ لكنه متوقف من حيث الحكم والثمرة حتى يرضى صاحب الحق الممسوس أو يرفض : فان رضي بالعقد نفذ ، وإن رفض بطل وهذا يسمى : توقفاً ، وهو حماية لحق الغير .

٤) — واذا كان في التصرف المدني إخلال بالتوازن العقدي الواجب بين حقوق المتعاقدين المتقابلة ، بحيث يكون مظنة لطغيان

مصلحة أحدهما على مصلحة الآخر دون تحقق رضاه ، فان المؤيد الضامن لاعادة التوازن أو سلامة الرضى يكون بمنح الطرف الذي تعرض حقه للضرر خياراً في فسخ العقد إن شاء . وهذا المؤيد يسمى: تخييراً ، وهو من مباحث شوائب الارادة العقدية أو عيوب الرضى . وقد تقدم تفصيله في نظرية العقود (ر : ف ١٩٢/٦) .

فعلى هذه الأسس والاعتبارات تتنزل في الفقه الاسلامي نظرية المؤيدات الشرعية العامة التي هي من ضروورات كل تشريع ولوازم فكرته .

الخلاصة

٣١٤ ـ يتلخص من ذلك أن المؤيدات في الشريعة الاسلامية ، كما في كل تشريع كامل ، تنقسم الى قسمين : المؤيدات الترغيبية ، والمؤيدات الترهيبية .

والقسم الثاني الترهيبي يتفرع أيضاً الى فرعين :

الأول) ـ المؤيدات التأديبية : وهي العقوبات المشروعة للزجر عن ارتكاب الجرائم .

والثاني) ـ المؤيدات المدنية أو الحقوقية : وهي ما يرتبه الشارع على مخالفة نظام المعاملات من سلخ بعض النتائج أو كلها ، بتجريد التصرف المخالف عن اعتباره الشرعي تجريداً كلياً أو جزئياً ، فيفقد

بذلك كل نتائجه المدنية أو بعضها .

وهذه المؤيدات المدنية تتناول أربعة تدابير ، وهي :

البطلان ، والفساد ، والتوقف ، والتخيير

وسنتناول بالبحث فيما يلي أحكام المؤيدات الترهيبية في كلا فرعيها: التأديبي والمدني . ولكننا نقتصر في القسم التأديبي على رسم خطوطه العريضة الاجمالية وأحكامه العامة بمنتهى الايجاز ، لأن موضوع هذا الكتاب هو القسم المدني من الفقه الاسلامي ، وإنما نبحث عن المؤيدات التأديبية بالتبعية تنويراً للأذهان في بعض نواحيها ، واستكمالاً لفروع البحث في نظرية المؤيدات العامة .

الفصل الثاني

المؤيدات التأديبية

أو نظام العقوبات

٣١٥ ــ إن المؤيدات التأديبية في الشريعة الاسلامية : وهي العقوبات الزاجرة ، تنقسم الى نوعين أساسيين :

الأول) ــ عقوبات *مقدرة* : وهي التي حددها وقدرها الشارع نوعاً ومقداراً بالنص الصريح ، ولم يترك لولاة الأمر رأياً في التصرف بأنواعها ومقاديرها ، لما للجرائم التي توجبها من خطر اجتماعي في نظر الشارع . وتسمى أيضاً : عقوبات *نصية* : نسبة الى نص الشارع .

الثاني) ــ عقوبات *مفوضة* : وهي التي لم يحدد التشريع الاسلامي في شيء منها نوعاً ولا مقداراً معيناً ، بل فوضها لولاة الأمور . فيعاقبون المجرمين في كل جريمة بما يرونه متكافئاً معها ، وكافياً للزجر والاصلاح.

وهذا يختلف في نوع العقوبة وقدرها بحسب الأزمنة والأمكنة والأشخاص ودرجة التهذيب الاجتماعي . ولذا فوضه الشرع الى ولاة الأمور : أي الى السلطة الحاكمة .

وهذه العقوبات المفوضة تسمى في لسان الفقه الاسلامي : *تعزيراً* :

وسنتكلم بايجاز على كل من هذين النوعين في فرع على حدة .

الفرع الأول

العقوبات المقدرة

٣١٦ ـ ان العقوبات المقدرة النصية في الشريعة الاسلامية صنفان : **الحدود** ، **والقصاص** .

البحث الأوّل

الحدود[1]

٣١٧ ـ فالحدود خمس عقوبات : وهي : حد الزنى ، وحد القذف[2] ، وحد السرقة ، وحد الحرابة[3] ، وحد شرب الخمر .

---

(١) ـ **الحدود** : جمع « حد » (بفتح الحاء وتشديد الدال)
وهو في اللغة مصدر بمعنى المنع . ويأتي أيضاً اسم شيء بمعنى الحاجز المانع وسميت هذه العقوبات شرعاً بالحدود لأنها تمنع الناس عن الجرائم الموجبة لها .

(٢) ـ **القذف** في اللغة : الرمي . وفي اصطلاح الشرع : هو أن يرمي الشخص غيره بالزنى ، كقوله : **يا زانِ** ، **او يا زانية** ، **او لستَ لأبيك** ، فان هذا القول الأخير قذف لأم المخاطب

(٣) ـ **الحرابة** : (بكسر الحاء) : هي قطع الطريق للسلب والنهب والقتل.

والحدود الأربعة الأولى جاء بها القرآن أما حد شرب الخمر فلم يذكر في القرآن وإنما جاءت به السنة .

وهذه الحدود كلها عقوبات بدنية ،أدناها الجلد بالسوط،وأعلاها القتل :

أ) — فحد القذف ، وحد شرب الخمر : ثمانون جلدة مفرقة على نواحي البدن سوى المقاتل ، بسوط متوسط .

ب) وحد الزنى مائة جلدة ، وهو ما ورد به القرآن . وقد ورد في السنة أيضاً رجم الزاني بالحجارة اذا كان محصَناً .

والمقصود الأساسي بالإحصان هنا أن يكون الشخص متزوجاً مع الدخول .

ومما يشترط ليكون الشخص محصناً بالزواج أن يكون حراً عاقلاً بالغاً ، وأن يكون الزوج الآخر أيضاً حراً .

ج) — وحد السرقة : قطع اليد من الرسغ .

د) — وحد الحرابة هو ما فصله القرآن العظيم في سورة المائدة (٥/٣٦) بقوله :

« إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتَّلوا أو يصلَّبوا أو تقطَّع أيديهم وأرجلهم من خلافٍ أو ينفَوا من الأرض ، ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم ، إلا الذين تابوا من

قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم » .

فقيل في تفسيرها : يتخير الامام بين هذه العقوبات الأربع في حق قاطع الطريق ، كما يفيده ظاهر الآية ، مع ملاحظة أن الامام يجب عليه أن يختار ما تقتضيه مصلحة القمع والزجر ، فلا يتساهل باختيار أدنى العقوبة لأشد حالات الجريمة .

وهذا تفسير يفسح مجالاً لمراعاة ظروف الحال في تطبيق العقوبة.

ولكن الرأي الفقهي السائد أن هذا التفصيل موزع على الحالات :

ــ فالقتل هو لقاطع الطريق اذا كان قاتلاً .

ــ والتصليب مع القتل هو لمن قتل وسلب المال .

ــ وقطع اليد والرجل من خلاف (أي اليد اليمنى والرجل اليسرى) هو لمن أخذ مالاً يعادل نصاب السرقة دون أن يرتكب قتلاً .

ويشترط للقطع أن تكون أطرافه الأخرى سليمة كي لا يبقى عديم المنفعة .

ــ والنفي لمن قبض عليه قبل أن يباشر قتلاً أو سلباً .

وهذا هو الاجتهاد الحنفي أيضاً ، وقد فسروا هنا النفي من الأرض بالحبس ، باعتبار أنه إبعاد عن الحياة في البيئة الاجتماعية .

(ر: أحكام القرآن لأبي بكر الرازي الجصاص و تفسير الفخر الرازي)

وتوبة قاطع الطريق قبل القبض عليه تسقط عنه الحد . ولكن

اذا كان قاتلاً يجري عليه حكم القصاص الآتي بيانه ، وان كان سالباً يجب عليه رد المال المسلوب أو ضمانه .

وهناك بعض شرائط تفصيلية تعرف بالرجوع الى ما قرره الفقهاء في باب قطع الطريق (ر : رد المحتار ٣/٢١٢ـ٢١٥) .

٣١٨ ــ شرائط الجرائم الموجبة للحدود :

والجرائم الموجبة للحدود يشترط في صفة كل منها وكيفية وقوعها لكي يجب بها الحد شرائط عديدة إختلفت فيها الاجتهادات . وهي مفصلة في مواطنها من كتب الفقه : فحد السرقة مثلاً من جملة شرائطه : أن يكون المسروق نصاباً معيناً من المال ، وأن يؤخذ خفية من حرز حريز ، فيخرج عنه الغصب ، والأخذ جهراً ، وجحد الوديعة أو العارية .

٣١٩ ــ تأثير الشبهات في درء الحدود :

ويشترط أيضاً في الحدود جميعاً بوجه عام أن لا يكون لمرتكبها شبهة تجعل له شبه معذرة أو تقتضي تخفيف مسؤوليته ؛ كما لو زنى أو سرق أو شرب الخمر جاهلاً بالتحريم ؛ أو سرق الدائن من مدينه ما يعادل دينه ولو كان الدين مؤجلاً ؛ أو سرق أحد الزوجين من الآخر ؛ أو سرق الشخص من أحد أقاربه المحارم ، لأن الخلطة بينهم عادة ودخول بعضهم بيوت بعض يجعلان شبهة في تحقق شريطة الحرز .

ومرجع ذلك الى قول النبي عليه السلام « ادرؤوا الحدود بالشبهات ».
وقال أيضاً :

« ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فان وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله ، فان الامام لأن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة » .

(ر : الجامع الصغير للسيوطي : رقم/٣١٣ ـ ٣١٤) .

ومعنى هذا أنه يراعى عند الشك جانب المتهم . وهذا ما أقرته نظريات الفقه الجنائي الحديث وقوانينه .

وقد توسع فقهاؤنا في نطاق الشبهة المسقطة للحدود نظراً لدلالة الآثار المروية عن النبي عليه السلام في ذلك، حتى قالوا : ان مجرد ادعاء الشبهة في مظنتها من مرتكب الجريمة الموجبة للحد يسقط الحد دون حاجة الى اثبات تلك الشبهة المدعاة (ر : الدر المختار ٣/١٥٠) .

٣٢٠ ـ شرائط الاثبات في هذه الجرائم :

ويشترط أيضاً في اثبات هذه الجرائم الموجبة للحدود أمام القضاء شرائط خاصة تختلف في بعضها عن بعض وتزيد عما يشترط في إثبات غيرها من الحقوق . وهي مفصلة في مباحث الشهادات من كتب الفقه .

وجريمة الزنى بصفاته وشرائطه الموجبة للحد عسيرة الاثبات جداً، ولا سيما ان مدعيها اذا لم يتمكن من إثباتها يعتبر قاذفاً ، ويحد حد

القذف ، إلا اذا كان زوجاً وأصر على تهمته لزوجته وعجز عن الاثبات ، فلا يحد حد القذف، بل يجري التلاعن بينهما أمام القضاء بطلب المرأة ، ونتيجة اللعان تفريق القاضي بين الزوجين المتلاعنين.

واللعان أيمان معينة متعددة يقسمها الرجل أمام القاضي على صدقه في اتهامه لزوجته بالزنى ، وتقسم نظيرها المرأة على كذبه .

٣٢١ ــ ومتى ثبتت هذه الجرائم بمثبتاتها المقبولة شرعاًووجبت حدودها لا يجوز فيها عفو من المجني عليه ، ولا تسامح من ولي الأمر الحاكم ، لأنها من حقوق الشرع التي تسمى : **حقوق الله** ، إذ تتعلق باقامتها صيانة ناحية أساسية من نظام المجتمع الاسلامي ، وهي حفظ الضروريات الخمس : **الدين** ، **والنفس** ، **والنسل** ، **والعقل** ، **والمال** .

إلا أن حد القذف من بين هذه الحدود يفترق عن سائرها بأن الاجتهادات الاسلامية تكاد تكون متفقة على أنه ليس حقاً خالصاً للشرع بل فيه حق شخصي وحق شرعي . ولذلك يشترط في اقامته الادعاء الشخصي من المقذوف لو حياً ، أو من أحد أصوله أو فروعه ان كان المقذوف ميتاً حين القذف ، ويسقط الحد بعفوهم[1] .

---

(١) يقول الأستاذ المحامي الدكتور صبحي المحمصاني في بحثه عن العقوبات في الشريعة الاسلامية ما نصه :

« لابد من التذكير ثانية بأن العقوبات لايمكن أن توزن بميزان واحد ثابت ؛ بل انها مرتبطة بالوقت والمكان اللذين وضعت

= وطبقت فيها . واذا كان قسم منها لايروق بعض الناس اليوم فليس معنى ذلك انه غير صالح حتى اليوم الحاضر .

فقطع يد السارق ، كغيره من الحدود ، لايطبق الا بعد التروي والتدقيق وبلوغ الحاكم ، ويسقط بالشبهات ولا ريب في انه كان ضروريا في المجتمع العربي ، وأنه لايزال نافعا ومفيداً في كثير من الاقطار اليوم . يؤيد ذلك مايردنا من أخبار البلاد الحجازية أن السرقة أصبحت نادرة فيها بعد ان اوجبت الحكومة السعودية تطبيق العقوبة الاسلامية .

(انظر كتاب « يقظة العرب » لجورج انطونيوس ، تعريب الاستاذ الركابي من دمشق ص /٣٧٩/ ومابعدها) .

والخبير في الامور الجزائية يجزم بان مثل هذه العقوبة ضرورية للصوص المحترفين في ايامنا الحاضرة متى ثبت ان العقوبات العصرية لاتؤدي الى المقصود منها .

فما بالك بلص شهير محترف تتوالى عليه الاحكام وهو يفتخر بحيله اللصوصية ، ثم اذا خرج من السجن لايلبث ان يعود دون تردد ؟ فهل يضير المجتمع الانساني ان يخسر هذه اليد الاثيمة ، ويمنع صاحبها من التكرار والاستمرار ، ويزجر به غيره ؟

وهل تعد الهيئة الاجتماعية قاسية اذا حمت نفسها بهذه الصورة اضطراراً ويأساً من تأديب أمثال من ذكر ؟

انا ادعي بعض الخبرة بذلك (اخصها قضاء سبع سنوات امضيتها في التحقيق الجزائي ببيروت) ، وانا مقتنع بما قلت .

اما عقوبة الجلد والضرب التي اسماها بعضهم « الموضه » عند=

٣٢٢ ـ تنبيه

هذا ويجب التنبه الى أمر هام ، وهو أن سقوط الحد معناه سقوط نوع عقوبته الخاصة لا سقوط الحق العام في أصل العقاب . فسقوط الحد لا ينافي معاقبة الفاعل بعقوبة أخرى أخف من الحد على سبيل التعزير اذا كان سقوط الحد لشبهة يبقى معها الفاعل مستحقاً للتأديب .

فالحدود في نظر علماء الشريعة الاسلامية فيها حقان :

ـ حق الجماعة العام في أصل العقاب للتأديب والانزجار عما يتضرر به العباد من أنواع الفساد .

ـ وحق الله تعالى : أي حق الشرع في نوع العقوبة المقدرة .

= محمد (ﷺ) فهي « الموضة » عند غيره أيضا من متمدني اليوم فعند الانكليز الى اليوم ، على حظهم من الرقي والتمدن ، يحكم بالجلد على اللصوص والمتشردين وبعض المجرمين الاحداث ، وعلى غيرهم في احوال اخرى عديدة (ترى اهم هذه الاحوال في كتاب مبادىء وتطبيق القانون الجنائي principles and Practice of the criminel Law تأليف هاريس S . Harris ، لندن ١٩٢٦ ص / ٤٢٠)

وانا ارى من الصواب ابقاء هذه العقوبة في القوانين العصرية لتأديب تلك الفئة المجرمة التي لاتنفعها العقوبات الحليمة » اهـ

(عن كتاب « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية » للاستاذ المحمصاني المشار اليه ج ١ ص / ١٢٠-١٢٠ / باختصار يسير).

(ر : رد المحتار ، أول الحدود ٣/ ١٤٠ نقلاً عن شرح الاشباه للبيري) .

فسقوط نوع العقوبة لا يستلزم سقوط أصلها الذي يتعلق به حق عام لمصلحة الجماعة . وهذا نظير ما سيأتي في القصاص (ر : ف ٣٣٠)

البحث الثاني

القصاص

٣٢٣ ــ القصاص (بكسر القاف) في اللغة مأخوذ من اقتصاص الأثر بمعنى اتباعه وتعقبه . ثم غلب استعماله في معنى قتل القاتل لما فيه من تتبع أثر الدم بالعقاب (ر : المصباح ، ومفردات القرآن للراغب الأصفهاني) .

ويسمى القتل على سبيل القصاص أيضاً : قوداً (بفتحتين)[1] إذ كانت العادة أن يقاد القاتل بحبل أو نحوه الى القصاص (ر : رد المحتار ٥/٣٤٠) .

والقصاص في لسان الشرع هو :

معاقبة الجاني على جريمة القتل أو القطع أو الجرح عمداً بمثلها .

---

(١) يقال : أقاد الحاكم القاتل بالقتيل ، اذا قتله بهقودا: أي قصاصاً واستقدت الحاكم من القاتل ، فأقادني منه : أي اقتص لي منه . (المصباح).

وقد جاء القرآن العظيم بشريعة القصاص في النفوس[1] بقوله تعالى:

« يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى »

ثم بين حكمته وثمرته الاجتماعية بقوله :

« ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون »

فأفاد أن نماء الحياة الاجتماعية الطيبة بحقن الدماء وصون النفوس والأجسام من العدوان يتوقف على القصاص الذي فيه تحقيق للعدالة الكاملة ، وحماية للبنية الانسانية من أن يستهان بالعدوان عليها ، كي يعلم المعتدي على حياة غيره أو جسمه أنه كأنما يعتدي في النهاية بنظير ذلك على نفسه عن طريق القصاص . فعندئذ يتهيب الاقدام على هذا الجرم الهدام حرصاً على نفسه . وان الواقع المستمر ينبىء بأن كل العقوبات غير المتكافئة مع هذه الجريمة الفظيعة من حبس أو تغريم أو غيرهما إنما تسهل ارتكابها ، لاطمئنان المجرم الى أنه سيكون في النهاية سليماً راتعاً ممتعاً ، كما أنها أيضاً تبقي في النفوس حزازتها ، فتحمل أهل القتيل على تبييت فكرة الانتقام الشخصي ، فتكون للجناية ذيول جرارة .

فمن فقئت عينه أو قطعت يده عمداً وعدواناً من معتد جان أثيم

(١) – أما قصاص الاعضاء قد اختلف العلماء في مصدر ثبوته هل هو القرآن او السنة ؟ وسبب الاختلاف ان الآية القرآنية التي تضمنته انما تحكي عما شرعه الله في التوراة .

كيف يطيق أن يرى الجاني يحملق بعينين ، أو يتمتع بيدين ! !

وفي الجاهلية كان قتل شخص يؤدي الى إفناء قبائل بأسرها ثأراً ، فجاء نظام القصاص علاجاً شافياً واقعياً مانعاً من التجاوز .

وإذا قيل — كما ترى بعض النظريات الأجنبية الحديثة — إن الجناية على الانسان تهديم للبنية الانسانية يجب أن نرمم فيه ما تهدم بقدر الامكان ، لا أن نضيف اليه تهديماً آخر نفعله بإرادتنا قصاصاً ، فالجواب أن التهديم التالي لا يجتنب بترك القصاص بل يزداد ، ولكن بأيدي الناس أنفسهم ، وبصورة غير عادلة . فخير لنا أن نتفادى التهديم الكثير الجائر الذي تحدثه الفوضى بالقليل الذي توقعه أيدي العدالة على سبيل العقاب المماثل الذي لا سبيل للوقاية إلا به ، فانه لا يمنع الرامي شيء كيقينه بأن سهمه سينعكس الى صدره (ر : ف/٣٢٦ ح) .

٣٢٤ — أنواع القصاص وشرائطه :

يتضح من تعريف القصاص أنه نوعان :

قصاص في النفس ، وذلك في جريمة القتل ؛ وقصاص في الأعضاء وذلك في جريمة القطع والجرح .

ويشترط في الجناية بوجه عام لتكون جريمة موجبة للقصاص شرائط ثلاث : العدوان ، والعمد ، وامكان المماثلة بين الجريمة وقصاصها[1] :

---

(١) — ومن هنا يسمى القصاص « امتثالاً » فيقال في اللغة أمثل الحاكم=

ـ فاذا انتفى العدوان فلا جريمة ولا قصاص ، كالقتل بحق في الدفاع المشروع .

ـ واذا انتفى العمد كان خطأ، وموجبه ضمان مالي لا قصاص كما سنرى. وقد يستوجب عقوبة خفيفة على التقصير في الاحتياط، أو عدم الانتباه.

ـ واذا لم تكن المماثلة ممكنة أو كانت مشكوكاً في امكانها بأن كان يخشى أن يزيد القصاص على الجناية في الكيفية أو الكمية انتفى القصاص أيضاً ، وانتقل الحكم الى عقوبة تعزيرية غير مقدرة ، مع الضمان المالي الآتي بيانه (ر : ف/٣٢٧) .

٣٢٥ ـ وشريطة المماثلة هذه تتجلى نتيجتها في قصاص الأعضاء، فانه لا يجري إلا فيما يمكن فيه تحقيق هذه المماثلة كفقء العين ، وقطع اليد من المفصل[1] ، وقلع السن ، بخلاف نحو كسر العظم وقطع اليد من غير المفصل لعدم امكان ضبط القصاص بحيث لا يزيد عن الجناية في نتيجته او في المضاعفات التي قد يؤدي عادة اليها .

وكذلك مثلاً لا تقطع يد سليمة قصاصاً بيد شلاء لعدم التساوي في منفعتيها .

= من فلان لفلان اذا اقتص له منه .

(١) ـ ويلحظ أن على الحاكم اتخاذ تدابير حسم الدم بالطرق الطبية الممكنة .

وشريطة التماثل هذه قد اختلفت المذاهب الاجتهادية كثيراً في حدودها.

ومن ثم كانت الأحوال المتفق على جريان قصاص الأعضاء فيها ضيقة جداً، وأضيقها ما في الاجتهاد الحنفي. ولا يقتص فيها إلا بعد برء المجني عليه لتعرف نتيجة جراحته.

أما قصاص النفس فالاجتهاد الحنفي فيه أوسع الاجتهادات في شريطة التماثل هذه. فهو يرى جريانه بين جميع الأنفس المعصومة عصمة مؤبدة دون تمييز بسبب حرية أو جنس أو دين، متى كان القتل عمداً عدواناً: فيقتل الحر بالعبد، والرجل بالمرأة، والمسلم بغير المسلم، والعاقل بالمجنون، والكبير بالطفل الوليد، والجماعة بالواحد، للتساوي في حرمة الشخصية الانسانية.

(ر: بداية المجتهد: ٢/ ٣٣١ ـ ٣٤٢/ ورد المحتار: ٥/ ٣٤٢ ـ ٣٤٤ و/ ٣٥٣ ـ ٣٦٠).

٣٢٦ ـ معنى العمد:

ومعنى العمد شرعاً في هذا المقام هو مجرد القصد الى الجناية الواقعة ولو لم يكن عن سابق تصور وتصميم. فالعمد في القتل أن يقصده القاتل المعتدي بوسيلة وصورة تفضيان اليه، ويموت المجنى عليه من ذلك. فهذا يكفي في استحقاق الجاني عقوبة الموت قصاصاً، سواء أكان مبيتاً في نفسه فكرة الجريمة وعازماً عليها بسابق تصميم وإعداد،

أو كان قصده اليها آنيًا مرتجلاً حين ارتكابها[1] .

---

(١) – يقول الاستاذ المحقق الدكتور صبحي المحمصاني في بحثه عن القصاص:

« والعمد في القتل معناه القصد ولو لم يكن فيه سبق تصور وتصميم وعقوبته القصاص في الشرع الاسلامي ، وفي كثير من الشرائع القديمة والحديثة . وكذلك في القانون الانكليزي لايشترط التصور والتصميم السابق في قتل القصد لاستحقاق عقوبة الاعدام.

(راجع كتاب هاريس ، قانون العقوبات :ص/١٤٧)

ونحن نرى ان هذا عدل وأي عدل ، بل نراه ضرورياً لأجل تقليل جرائم القتل، ولأجل حماية الناس في المجتمع.

ولكن بعض القوانين الجزائية، ومنها القانون العثماني القديم، (م/١٧٠) واللبناني الجديد (م/٥٤٩) اشترطت لاعدام القاتل ان يكون العمد بمعنى سبق التصور والتصميم» اهـ

(عن كتاب « الموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية » للاستاذ المشار اليه ١٤١/١) .

اقول :

ان قانون الجزاء العثماني ، والقانون اللبناني ، قد جارى واضعوهما في ذلك وقلدوا القانون الافرنسي وبعض القوانين الاجنبية الاخرى بلاحجة سوى التأثر ببعض النظريات الاجنبية العشواء الجامحة . وبناء على ذلك ميز القانون بين العمد والقصد فاشترط في العمد لاستحقاق الاعدام تبييت العزم على الجريمة في نفس الجاني بتصور وتصميم سابق . أما اذا قصد القتل بعزيمة آنية مرتجلة فيكون قصداً لاعمداً .

وقد جعل القانون عقوبة القتل قصداً حبس خمسة عشر عاماً . وبذلك فتح=

٣٢٧ ـ وكل جناية بغير حق على نفس أو جسم اذا امتنع فيها القصاص لانتفاء بعض شرائطه يستحق فاعلها التعزير بعقوبة غير مقدرة ، بل مفوضة الى رأي السلطان بما يراه كافياً لاصلاح الجاني ، (نظير ماسبق بيانه فيعقوبة الحدود ف /٣٢٣) . ويجب عليه فيها ضمان مالي : دية أو أرش ، أو حكومة عدل ، وذلك بحسب نوع الجناية[1].

=مجالاً لانتشار جناية القتل بأوسع نطاق لأتفه الاسباب . واصبح كل مجرم سفاك يتهدد من يشاء علناً بانه « سيقتله وينام خمسة عشر يوماً على جنب واحد »!!

ومن المؤسف ان قانون العقوبات السوري الجديد الذي صدر الآن في ٢٦/ من شعبان سنة ١٣٨٦ هـ = ٢٢ من حزيران سنة ١٩٤٩ م / قد أخذ واضعوه أيضاً بهذه النظرية الخاطئة في التمييز بين العمد والقصد ، في المواد/٥٣٣–٥٣٥/منه.

ولم تكف تجارب (٩٥) سنة في ظل القانون السابق العثماني للتعريف بأن هذا التمييز كان العامل الاكبر في جعل جريمة القتل اهون على اصحابها من شرب الماء، ولا سيما مع آمال المجرمين المبنية على الواقع المستمر في انه قلما يقضي سجين كل مدته دون ان يسقط عنه جانب كبير منها بالعفو المتكرر في شتى المناسبات الوطنية الكثيرة ، فيخرج القاتل يسعى كالأفعى أمام أهل فريسته التي يذهب دمها كالمدر !!

ولكم دعت هذه النتائج الى أن يعمد أهل القتيل الى الانتقام بأيديهم . وكل ذلك من جراء استبدال القانون في قتل القصد عقوبة حبس موقت بدلا من القصاص الشرعي الذي قال عنه القرآن الحكيم : « **ولكم في القصاص حياة ياأولي الألباب لعلكم تتقون** ».

(١) – على أن قتل الخطأ قد اوجب فيه القرآن ، علاوة على هذا التعويض المالي ، جزاء تعبديا آخر من قبل المؤيد الديني يسمى « **كفارة** » . =

— فالدية (بكسر ففتح) هي : مايؤدى من المال بدلاً عن النفس.
— والارش (بفتح فسكون) هو : مايؤدى بدلاً عن الاعضاء.
أي أنه دية العضو . وكل من دية النفس ودية العضو محدد المقدار شرعاً.
— أما حكومة العدل فهي : مايقدره الحاكم بمعرفة الخبراء العدول من تعويض مالي عما ليس فيه دية مقدرة شرعاً من جرائم العدوان على الجسم ، من جرح وتعطيل وغيرهما .

وهذه العقوبات المالية تنطوي أيضاً على معنى تعويض ضرر للمجني عليه أو لورثته .

٣٢٨ — طريقة تنفيذ القصاص

لاعبرة في القصاص لما يكون قد فعله الجاني القاتل من تعذيب للقتيل أو تمثيل به ؛ بل يقتصر في القصاص على إماتة القاتل بقطع عنقه ضرباً بالسيف . وهذا هو الاجتهاد الحنفي والحنبلي .

ولا يوجد مانع شرعي من استعمال مايظهر من وسائل أخرى اذا كانت مساوية للسيف كالمقصلة ، أو أسرع وأسهل قتلاً ، فيعود الى السلطة الحاكمة أمر اختيار الوسيلة مما لاعنف فيه ولا تعذيب ولا وحشية ، عملاً بقول رسول الله عليه الصلاة والسلام :

= والكفارة عبارة عن اعتاق رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين وهي واجب دياني لاسلطان عليه للقضاء ، بل هو متروك لذمة الانسان، تكفيراً، أي تغطية لذنب التقصير الذي لايخلو عنه الخطأ ، وتطهيراً للشخص منه .

« ان الله كتب الاحسان على كل شيء ، فاذا قتلتم فأحسنوا القِتْلة ، واذا ذبحتم فأحسنوا الذِبْحة »[1]

٣٢٩ ـــ ويحق لولي الدم الشرعي ، ان شاء ، أن يكون هو الجلاد الذي يكلف من قبل صاحب السلطان بتنفيذ حكم الاعدام على القاتل المحكوم عليه تحت اشراف السلطة المنفذة .

وأولياء الدم هم الورثة على ترتيب الارث والحجب ، حتى الزوجان .

وهذا تدبير أشفى لألم المصاب دون ضرر بالمحكوم عليه أو النظام الاجتماعي ، إذ لا بد من جلاد لتنفيذ حكم الاعدام ، فليكن هو ولي الدم ان شاء .

وفي هذا أيضاً من السياسة الشرعية أسلوب حكيم: فكما أنه أشفى لألم المصاب هو أيضاً أدعى لرحمة ولي الدم وإشفاقه من التنفيذ ، فلعله عندما يقف بنفسه موقف الجلاد يتهيب اراقة الدم فيعفو ؛ وعندئذ يسقط حق القصاص ، وينتقل الحكم إلى عقوبة مفوضة الرأي الى الحاكم غير مقدرة ، كما سبق (ف/٣٢٧) وكما سنرى فيما يلي .

هذا حكم الاسلام بحق ولي الدم في تنفيذ القصاص ، لا كما يزعم بعض الدساسين أو الجاهلين أن الشريعة الاسلامية توجب تسليم القاتل الى ولي الدم يفعل به مايشاء !!

---

(١) ـ ر: الجامع الصغير للسيوطي ، الحديث /١٧٦١/ وشرحه للمناوي . والقتلة ، والذبحة (بكسر فسكون فيهما هي الصورة والكيفية في القتل والذبح .

٣٣٠ ـ صفة القصاص وحق ولي الدم في العفو :

يختلف القصاص عن الحدود في ناحية أساسية : هي أنه قد شرع فيه للمجني عليه ثم لأولياء دمه حق العفو ، ويسقط القصاص بعفوهم . أما في الحدود فالعفو ممنوع .

ومن ثم اعتبر الفقهاء أن القصاص ينطوي على حقين في العقوبة :

ـ **حق عام** للشرع في **اصل العقاب** ، زجراً للأنام ، وضماناً للأمان في المجتمع .

ـ**وحق خاص** للمجني عليه في **نوع العقاب** أن يكون قصاصاً للجاني مماثلاً لجنايته . وهذا الحق ينتقل عن المجني عليه الى أولياء دمه ، وهم الورثة .

ومن ثم كان القصاص (أي العقاب النوعي) يتوقف الحكم به وإنفاذه على الادعاء والطلب من صاحب الحق الخاص ، فاذا عفا عن القصاص سقط ، لأن هذا النوع من العقوبة هو حقه ، فيبقى الحق العام الشرعي للسلطة الحاكمة في عقاب الجاني بما تراه كافياً للردع . فتصبح عقوبة الجناية عقوبة تفويضية غير مقدرة ، فتدخل عندئذ في حظيرة التعزير الآتي بيانه .

فإذا لم يكن للقتيل وارث كان حق القصاص الى الحاكم يستوفيه باسم العامة ، وليس له العفو لأنه ضرر بهم (ر : رد المحتار ٥/٣٤٦) .

وبذلك تكون الشريعة الاسلامية قد انتهجت نهجاً وسطاً في أمر القصاص الذي اختلفت فيه الشرائع تشدداً وتساهلاً لما له من خطر .

٣٣١ ــ على أن الاجتهادات في هذه الناحية مختلفة ،فقد ذهب بعضها الى أن عفو ولي الدم مسقط للعقوبة مطلقاً . وعلى هذا يكون الحق العام للشرع في عقوبة القاتل تابعاً للحق الخاص فيها .

وهذا ما أوهم أناساً اليوم أن هذه الشريعة العظمى قد قصرت عن إدراك فكرة الحق العام في عقوبة القتل ! !

وهذا خطأ كبير ، فان أحد الاجتهادات المختلفة لايمثل حتما نظرية الشريعة ، اذ لايتعين به الصواب في فهم نصوصها ، وانما يمثل رأي صاحبه في الناحية المختلف فيها .

والصواب في هذه القضية ماعليه الاجتهادات الأخرى مما اوضحناه آنفاً : أن حق ولي الدم انما هو في نوع العقوبة . اما اصلها فحق الشرع لايسقطه عفو المجني عليه او وليه ، لأن سقوط نوع العقوبة لايستلزم سقوط أصلها ، كما تقدم (ف / ٣٢٣) .

هذا ماتشهد له قواعد الشريعة ومقاصدها العامة التي يجب تنزيل النصوص الخاصة على منازلها منها . ولذا لو لم يكن للقتيل وارث كان حق القصاص الى الحاكم، وليس لهذا الحاكم حق العفو كما نقلناه آنفاً.

وان نصوص الفقهاء صريحة مستفيضة في ان القصاص يشتمل على حق خاص للشخص ، وحق عام للشرع (ر : كشف الاسرار شرح أصول البزدوي ٤/ ١٦١) .

ومن المقررات البديهية في فقه الشريعة أن حقوق الشرع العامة لا تسقط باسقاط أحد. ولذا لا يسقط حد السرقة مثلاً بعفو المسروق منه ، وكذا غيره من الحدود ، لأنها حق عام .

وسنرى قريباً أن العقوبة التعزيرية على الضرب والشتم ونحوهما اذا عفا فيها المعتدى عليه لا يكون عفوه في نظر الفقهاء مسقطاً لحق السلطان في عقاب الفاعل بما يكفي للتأديب والزجر باسم المصلحة العامة (ر : ف/٣٣٦) ففي جناية القتل يكون ذلك بطريق الأولوية .

ثم ان الاجتهادات التي اتجهت هذا الاتجاه السديد قد اختلفت بعد ذلك في تحديد عقوبة القاتل أو تفويضها اذا عفا عنه ولي القصاص . فذهب مالك والليث بن سعد وأهل المدينة الى أنه يعاقب بعد العفو عنه بالجلد والسجن . وحجتهم في هذا التحديد أنه المروي عن عمر ابن الخطاب .

وذهب غيرهم الى أن عقوبته بعد العفو مفوضة للامام فيما يراه كافياً من العقوبات .

(ر : بداية المجتهد ، آخر بحث موجب القصاص ٢/٣٣٨ والمغني

لابن قدامة الحنبلي ٩/٤٦٨) .

وهذا الرأي الأخير هو مقتضى قواعد المذهب الحنفي[1] .

---

(١) -- يقول الاستاذ الكبير الشيخ عبد الوهاب خلاف استاذ الشريعة الاسلامية في كلية الحقوق بالقاهرة في محاضرة له عنوانها (الشريعة الاسلامية مصدر صالح للتشريع الحديث) مانصه :

« النظرية الشرعية في هذا — اي حق ولي القتيل في العفو عن القصاص — مبنية على ان جريمة القتل وقعت على الجني عليه وذويه وعلى الهيئة الاجتماعية وقوانينها . ولهذا كان عقاب القاتل حقاً لهما وهذا معنى قول الاصوليين : « القصاص فيه حق العبد وحق الله » وبناء على هذا اذا ثبت القتل العمد العدوان وطلب ولي المقتول القصاص من القاتل وجب القصاص منه . واما اذا عفا سقط حقه في القصاص ، ولكن لم يسقط حق الحكومة في عقاب القاتل بما تراه . ورأيي ان النظرية الاسلامية في هذا هي النظرية الفطرية التي تؤيدها غرائز الناس لأن المجني عليه وأولياءه وقعت عليهم الجريمة مباشرة ، فليس من العدل إهمال جانبهم ، بل العدل مراعاة شعورهم : فان طلبوا القصاص كان فيه شفاء صدورهم وإطفاء نار حقدهم . وان طلبوا العفو كان طلبهم جديراً بالنظر والتقدير ، لأنه لابد من ضرورة دعتهم اليه .

واسقاطهم حقهم لايمنع الحكومة من استيفاء حقها بعقاب القاتل انتقاماً للمجتمع ونظمه .

وأما النظرية التي بنيت على ان الجريمة وقعت على المجتمع وحده ، ولا نظر الى شخص المجني عليه ، فهي نظرية خيالية بعيدة عما فطرت عليه النفوس ، ومن العدل ان نراعي جانبي اولياء المقتول والحكومة التي تمثلها النيابة العمومية ، وفي هذا توفيق النظريتين . اهـ=

الفرع الثاني

العقوبات المفوضة ، أو التعزير

٣٣٢ ـ التعزير في أصل اللغة : المنع والتأديب[1] .

وفي الاصطلاح الفقهي هو : «**معاقبة المجرم بعقاب مفوض شرعاً الى رأي ولي الأمر نوعاً ومقداراً** .

وذلك في جميع أنواع الجرائم والأعمال الممنوعة التي تستوجب الزجر والتأديب ، غير موجبات الحدود والقصاص .

والنظر الشرعي في ذلك أن الجرائم لا تنحصر ، وقد يجدّ منها أنواع لم تكن معهودة من قبل . والجريمة الواحدة المعهودة قد تحدث

=(انظر المحاضرة في مجلة القانون والاقتصاد المصرية ، السنة العاشرة العدد ٣)

هذا ، ولينظر في تفصيل مباحث القصاص من المؤلفات المصرية المستوعبة كتاب « القصاص في الشريعة الاسلامية » للدكتور احمد محمد ابراهيم وهو رسالة قيمة نال بها شهادة الدكتوراه من كلية الحقوق بالقاهرة ، و كتاب «القصاص في فقه القرآن والسنة » للاستاذ الجليل الشيخ محمود شلتوت عضو جماعة كبار العلماء بمصر (وشيخ الازهر سابقاً) .

(١)ـ ويأتي بمعنى النصرة لأن فيها منعاً وقمعاً ؛ هو معنى ما في القرآن : « **فالذين آمنوا به وعزروه ونصروه واتبعوا النور الذي أنزل معه اولئك هم المفلحون** » (ر : مفردات الراغب، والمغني لابن قدامة الحنبلي: ٣٤٧/١٠).

لها صور وأساليب تستدعي تدابير أخرى في قمعها . فلذلك تنـاول الشرع بالتخصيص من تلك الجرائم الشائعة ما هي أشد إخلالاً بنظام الاسلام الاجتماعي الأساسي ،فقدر عقوبتها ، وترك ماوراءهامفوضاً ترتيبه وتقديره الى أولياء الأمر العام ، يقدرونه في كل جريمةبحسبها، تبعاً لاختلاف الأزمنة والأمكنة والأشخـــاص ودرجة التهذيب الاجتماعي .

فمن الناس من ينزجر بالتنبيه والزجر اليسير . ومنهم من لايكفيه ويكفه إلا العقاب الكثير . ومن ثم كان للحاكم أن يعاقب على الفعل الواحد بعقوبات متفاوتة بحسب تفاوت الأشخاص ودرجة تأثرهم بالعقاب (ر :فتح القدير ،وشرح الكنز للزيلعي، باب التعزير ،والدر المختار ورد المحتار ٣/ ١٧٩) .

٣٣٣ ــ ويكون التعزير بكل ما يراه الحكام مناسباً من أنواع العقوبات المشروعة ، وهي التي فيها تأديب بلا تعذيب ، من جلد وحبس ونفي وتغريم مالي[1] ، وهو المسمى اليوم : « الجزاء النقدي ، أو الغرامة

---

(١) ــ اختلف الفقهاء قديماً في جواز التعزير بأخذ المال : أي بالجزاء النقدي، خوفاً من أن يتسلط به الظلام من الحكام على اموال الناس فيأخذوها باسم العقوبة ثم يأكلونها . وذهب القاضي ابو يوسف الى جوازه (رد المحتار: ج٣ ص/١٧٨) .

وقد نقل محمد بن محمد القرشي المعروف بابن الاخوة من فقهاء الشافعية ان الامام الشافعي أوجب بعض تغريمات مالية معينة في العقوبة على اقتراف بعض=

المالية » ، ويمكن أن يبلغ التعزير الاعدام .

فقد صرح فقهاء الحنفية بأن أدنى التعزير نظرة شزر من الحاكم الى المذنب أو أن يقول له : « بلغني عنك كذا » ، اذا كان الذنب هفوة صغيرة والمذنب من ذوي الشرف والمروءات الذين يكفيهم للردع هذا القدر ، وأن أعلى عقوبة التعزير هو الاعدام اذا كان الجرم خطيراً وتحتاج سياسة قمعه بين الناس الى هذه الشدة .

وعلى هذا استقر اجتهاد الحنفية (ر : رد المحتار ٣/١٧٩) .

وقد روي عن عمر بن عبد العزيز (رضي الله عنه) أنه قال :

=المنكرات . وقد استدل لذلك بماروي عن النبي عليه السلام انه قال بشأن زكاة الابل :

« في كل اربعين من الابل السائمة بنت لبون ، من أعطاها مؤتجراً فله أجرها ، ومن منعها فانا آخذوها وشطر ماله عزمة من عزمات ربنا ليس لآل محمد فيها شيء »

(ر : الباب الخمسين من كتاب **« معالم القربة من أحكام الحسبة »** لابن الاخوة ، وهو أوسع وأهم مارأيناه من مؤلفات الفقهاء في الحسبة ، رتبه مؤلفه الجليل على سبعين بابا . وقد نشره المستشرق روبين ليوس ، وطبعه بمطبعة دار الفنون في مدينة « كمبردج » بانكلترة وقدمه بمقدمة ضافية باللغة الانكليزية) .

أقول

لاشك اليوم انه بعد ما اصبحت عقوبة التغريم المالي يسجل الحكم بها ويخضع تنفيذها للمحاسبة ، وتدخل الخزينة العامة رأساً ، لم يبق فيها ذلك المحذور .

« سيحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور »[1] .

وأحدث علي بن أبي طالب كرم الله وجهه السجون لحبس المجرمين.

٣٣٤ — وقد نقل الفقيه الجليل الامام أبو الحسن الماوردي الشافعي آراء لبعض المجتهدين ولرجال مذاهبهم في تحديد مقادير العقوبات التعزيرية في بعض الجرائم والتهم بحسب قوة الجريمة وقوة التهمة ، ثم قال في ذلك :

« وهذا الترتيب ، وان كان مستحسناً في الظاهر ، فقد تجرد الاستحسان فيه عن دليل يتقدر به » اهـ

(ر : « الأحكام السلطانية » للماوردي ، فصل التعزير) .

ومعنى ذلك ان تقدير الفقهاء فيه لبعض تلك العقوبات التعزيرية التي ذكرها انما هو من قبيل انارة الطريق للحكام وولاة الأمر ، وليس تحديداً إلزامياً مستنداً الى دليل في أصل الشريعة ، فان حق التقدير في التعزير عائد شرعاً الى ولاة الأمر بحسب المصلحة الزمنية .

غير أن عقوبة الضرب خاصة قد حدد لها شرعاً حد أعلى لا يجوز تجاوزه . فقد صرح الفقهاء بأنه لا يجوز أن يبلغ الضرب في التعزير

---

(١) ر : « معين الحكام » للشيخ علاء الدين الطرابلسي الحنفي ، القسم الثالث في القضاء بالسياسة الشرعية ص/١١٧ .

ويروى نظير هذه الكلمة أيضاً عن زياد في خطبته البتراء المشهورة .

أقل الحدود[1] ، بل يجب أن ينقص عنه ولو جلدة واحدة ، لقول الرسول عليه السلام : « من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين » .

ولكن يمكن التغليظ باضافة عقوبة أخرى الى الضرب كالحبس والتغريم مثلا .

وقال الامام مالك بجواز زيادة التعزير عن الحد إذا اقتضت ذلك حاجة القمع . واستدل بما روي من أن معن بن زائدة[2] قد زور خاتم بيت المال وأتى به الأمين فأخذ به مالاً ، فعلم عمر بن الخطاب (رضي الله عنه)

---

(١) - اقل الحدود اربعون جلدة ، لانها حد القذف والشرب للأرقاء ، فان عقوبتهم في هذه الحدود شرعاً نصف عقوبة الاحرار .

(٢) - هكذا ورد الاسم في هذه المصادر الفقهية والتاريخية التي نقلناه عنها . والظاهر ان في الاسم تحريفاً وصوابه (**معن بن اوس**) ، وهو شاعر متين من مخضرمي الجاهلية والاسلام ، وله مع عمر بن الخطاب اخبار ، وهو **معن بن اوس بن نصر ابن زياد** . فكأنه ورد في مصادر الاخبار الاولى : (**معن بن زياد**) منسوبا الى جده الأعلى ، فظنه الناقلون ابن زائدة لشهرة هذا ، ولم ينتبهوا الى ان ابن زائدة من مخضرمي الدولتين الاموية والعباسية وقد توفي سنة (١٥٠) هجرية كما في شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي ، وقاموس الأعلام للزركلي ، ولم يذكر احد أن ابن زائدة أدرك عهد عمر .

وقد روى القصة صاحب الاصابة في القسم الرابع ، واستشكل هذا الاشكال ، وذكر احتمال ان يكون معن بن زائدة شخصاً آخر بهذا الاسم . ويؤيد ذلك وروده في عدد من الروايات بعبارة : « **رجل اسمه معن بن زائدة** » كما في الرواية التي نقلها الاستاذ علي الطنطاوي في سيرة عمر

بالأمر، فضرب معن بن زائدة مائة سوط . فكلم فيه فضربه مائة أخرى وحبسه . فكلم فيه من بعد فضربه مائة اخرى ونفاه .

(ر : «المغني والشرح الكبير » باب التعزير : ١٠/٣٤٨ و ٣٥٧ ، وفتح القدير شرح الهداية للكمال بن الهمام ٥/١١٦ ، والاصابة ٣/٥٢٨، وفتوح البلدان: ص/٤٤٨ ، وسيرة عمر بن الخطاب للطنطاوي: ص/٣٣٧).

٣٣٥ – ضابط مايوجب التعزير :

اذا كانت المصلحة قد قضت بأن تترك العقوبة التعزيرية مفوضة شرعاً الى رأي الحكام دون تحديد ثابت ، فان من اللازم تحديد السبب أي تحديد الحالة الجرمية التي يستحق الانسان بها التعزير . وهذا ما فعله الفقهاء . فقد نصبوا لما يوجب التعزير ضابطاً عاماً فقالوا :

الضابط أن كل من ارتكب منكراً ، أو آذى غيره بغير حق ، بقول او بفعل أو اشارة ، يلزمه التعزير

(ر : الدر المختار ورد المحتار : ٣/١٨٢ و ١٨٥) .

فيدخل في عموم هذا الضابط جميع الجرائم المخلة بالنظام ، سواء أكانت عدواناً من بعض الناس على بعض في النفس او المال ، كالضرب والشتم والارهاب والتزوير وشهادة الزور والغش والاحتيال وما شاكلها ، أو كانت انتهاكا للحرمات الدينية وجهراً بالمعاصي ، كافطار رمضان ، والاستهزاء بالدين ، والدعوة الى الزندقة ، والاخلال

بالآداب العامة ، وما أشبه ذلك .

ويدخل أيضاً في ارتكاب المنكر اهمال الواجبات الدينية ، ومن جملتها التعليم والتعلم . فاذا قصر العالم في واجب التعلم ، أو قصر الجاهل في تعلم القدر الواجب شرعاً من العلم استحقا عقوبة التعزير على التقصير فان النبي عليه الصلاة والسلام قال : « طلب العلم فريضة على كل مسلم [1] »

---

(١) روى الحافظ المنذري في **الترغيب والترهيب** ان رسول الله (ﷺ) خطب ذات يوم فأثنى على طوائف من المسلمين خيرا ، ثم قال :

ما بال أقوام لايفقهون جيرانهم ، ولا يعلمونهم ، ولا يعظونهم ولايامرونهم ، ولاينهونهم ؟ وما بال أقوام لايتعلمون من جيرانهم ولا يتفقهون ، ولايتعظون ؟ والله ليعلمن قوم جيرانهم ، ويفقهونهم ، ويعظونهم ، ويأمرونهم ، وينهونهم ، وليتعلمن قوم من جيرانهم ويتفقهون ، ويتعظون ، أو لاعاجلنهم العقوبة في الدنيا » .

فقال قوم : من ترونه عنى بهؤلاء ؟ قالوا : عنى الاشعريين ، هم قوم فقهاء ، ولهم جيران جفاة من أهل المياه والاعراب . فبلغ ذلك الاشعريين ، فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقالوا : يارسول الله ، ذكرت قوماً بخير ، وذكرتنا بشر ، فما بالنا ؟ فأعاد عليهم إنذاره . فقالوا : يارسول الله ، أنفطن غيرنا ؟ فأعاد قوله عليهم . فأعادوا قولهم : أنفطن غيرنا ؟ فأعاد ايضاً قوله عليهم . فقالوا : يارسول الله أمهلنا سنة . فأمهلهم سنة ليفقهوهم ، ويعلموهم ، ويعظوهم . ثم قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم قول الله تعالى في القرآن .

« لُعِنَ الذين كفروا من بني اسرائيل على لسان داوود وعيسى ابن مريم ؛ ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون . كانوا لايتناهون عن منكر فعلوه ، لبئس ما كانوا يفعلون » . =

ولفظ المسلم هنا يشمل الرجل والمرأة ، لأن الحكم منوط بصفة مشتركة هي الاسلام .

٣٣٦ — صفة التعزير ، واثر العفو فيه :

اذا كان الجرم الموجب للتعزير من قبيل انتهاك الحرمات الدينية المحضة دون عدوان على أحد من الناس كانت عقوبة التعزير حقاً للشرع خالصاً . واذا كان فيه عدوان على شخص بضرب أو شتم أوغير ذلك كان في التعزير حقان : حق للشخص في الانتصاف له من الفاعل، وحق للشرع في التأديب والقمع :

فمتى كان فيه حق لشخص معتدى عليه وهو يطالب بالانتصاف فليس للسلطان الحاكم ان يعفو عن العقوبة ، لأنه ليس له اسقاط حقوق الناس

وإذا عفا المعتدى عليه ، او كان التعزير في قضية من حقوق الشرع الخالصة ، فعلى الحاكم أن يعاقب للتأديب رغم عفو صاحب الحق الشخصي . ذلك لان صاحب الحق ، كما يقول الفقهاء ، انما يملك العفو

=(الترغيب والترهيب: ١/٦٠-٦١/ طبعة مطبعة داراحياء الكتب العربية بمصر)
وقولهم (أنفطن غيرنا) : هل يجب علينا تفطين سوانا — أي جعله ذا فطنة، وهي النباهة والمعرفة .

أقول : ان هذا الموقف العظيم في اعتبار التقصير في التعليم والتعلم جريمة اجتماعية يستحق مرتكبها العقوبة الدنيوية موقف لم يرو التاريخ له مثيلا في تقديس العلم قبل النبي عليه السلام ولا بعده !!

عن حقه ، « فيبقى حق السلطنة في التقويم والتهذيب » .

(ر : « الاحكام السلطانية » للماوردي ، فصل التعزير) .

ولذا صرح الفقهاء بانه اذا ضرب شخص غيره ، فضربه المضروب يعزر الاثنان كلاهما (ر : رد المحتار ۱۸۱/۳) .

وقد روى الطبري :

« ان امير المؤمنين علياً كرم الله وجهه سمع وهو في الطريق صوت مستغيث . فأسرع وهويقول : اتاك الغوث . وتبين الامر فاذا رجل باع لآخر ثوباً بتسعة دراهم ، فاراد البائع رد بعض الدراهم لعيبه ، فأبى المشتري ولطمه حين لازمه . فطلب علي البينة على اللطم . فلما شهدت اقعد المشتري، وقال للبائع : دونك فاقتص . فقال البائع : اني عفوت يا أمير المؤمنين . فقال علي : انما اردت الاحتياط في حقك ؛ ثم ضرب الرجل تسع درات [1]، وقال : هذا حق السلطان » [2] .

(ر : « تاريخ الأمم والملوك » للطبري: ۹۰/٦) .

۳۳۷ ــ على انه في حال عفو المتضرر ، او خلو التعزير عن حق لشخص يجوز للحاكم ان يعفو اذا تحقق انزجار الفاعل ورأى أن العفو أصلح له .

(ر : الأحكام السلطانية أيضاً ، ورد المحتار: ۸٦/۳ ـ ۱۸۷) .

---

(۱) ــ **الدرة** (بكسر الدال المهملة وتشديد الراء) : هي السوط .

(۲) **السلطان** اصل معناه السلطة والسيطرة، ثم اطلق على الحاكم الأعلى .

ومن الواضح أنه لايعتبر منح الشرع لولي الأمر حق العفو في التعزير دون تحتيم العقاب مخلاً بفكرة الحق العام ، لأن هذا المنح مقيد بمقتضى المصلحة كما رأينا .

على أن النظريات والقوانين الجزائية الحديثة لدينا ولدى أرقى الأمم في التشريع القانوني اليوم تمنح رئيس الدولة حق العفو الخاص حتى في أعظم الجرائم من القتل فما دونه بعد القضاء بها اذا وجد في العفو مصلحة ، ولم يعتبر هذا مخلاً بفكرة الحق العام .

وان طريقة **الحكم بالعقاب مؤجل التنفيذ**، وهي المعروفة في التشريع الفرنسي باسم sursis والمعدودة من أرقى طرائق التشريع الجزائي الحديث التي جمعت بين المحافظة على الحق العام واعتبار الحيثيات الشخصية وسياسة المصالح ، ليست تلك الطريقة إلا لو نأمن العفو المعلق الذي فوضه الشرع الاسلامي لولاة الأمر الحاكمين يستعملونه بحسب المصلحة .

٣٣٨ ـ يتضح مما سلف بيانه ان قاعدة التعزير الاسلامية هي قانون جزائي عام مرن غير مقيد ولا محدود ؛ بل هو صالح لأن يلبس في كل عصر ما يقتضيه من صور العقوبات ومقاديرها .

ومن ثم يعتبر الفقهاء التعزير داخلاً في نطاق **السياسة الشرعية** التي يعرفونها بأنها :

فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها وان لم يرد فيه دليل شرعي خاص .

فالسياسة الشرعية هي من قبيل الاستصلاح الذي سلف بيانه في المصادر التبعية لأحكام الشريعة .

وقد قالوا : إن باب التعزير هو الضامن المتكفل لأحكام السياسة الشرعية (ر : رد المحتار ١٤٨/٣ نقلاً عن البحر الرائق لابن نجيم) .

٣٣٩ - تقنين العقوبات اليوم يدخل في نظام التعزير الاسلامي :

وإذا كانت عقوبة التعزير في الاسلام مفوضة لآراء الحكام دون تقدير ، فإن هذا لا ينافي ولا يمنع تقدير العقوبات وتحديدها بقانون لمختلف أنواع الجرائم ، ضبطاً للأحكام وجرياً مع الدواعي الزمنية ، كما يحصل في قوانين العقوبات في العصر الحاضر ، لأن هذا التحديد داخل في ذلك التفويض .

فقانون العقوبات لدينا اليوم تدخل معظم أحكامه في نطاق التعزير المشروع بالنظر الاسلامي ، سوى ما فيه من إهمال للحدود ، وإخلال بالقصاص في بعض مواطنه .

وإن وضع حدين أدنى وأعلى في قوانين الجزاء الحديثة لعقوبة كل جريمة هو اعتماد من السلطات المقننة على نظر الحكام ، وتفويض إليهم بمقدار لم تجد تلك السلطات مندوحة عنه .

ولكن الشرع الاسلامي جعل هذا التفويض أساساً بنطاق أوسع، وترك التحديد للسلطات الزمنية تتصرف في كل زمان ومكان بحسبها . فيكون تحديد العقوبات في التقنين الجزائي إنما هو تنفيذ من أولياء الأمر للنظرية الاسلامية فيه ، واستعمال منهم لسلطتهم الشرعية في هذا التحديد ولكن بصورة مسبقة قبل وقوع الجرائم ، ليكون المجرم على بينة من نوع العقوبة ومقدارها قبل إقدامه . ومن البديهي أن هذا التسبيق في التحديد داخل في الصلاحيات والسلطة المفوضة شرعاً الى أولياء الأمر في هذا الشأن .

٣٤٠ ــ هذا ، ونختم البحث في المؤيدات التأديبية بكلمة للأستاذ المحامي الدكتور صبحي المحمصاني علق بها على ما عرضه من قاعدة التعزير فقال :

« وأنت ترى من ذلك أن التعزير في الشرع الاسلامي وسيلة عادلة مرنة ، تفسح للحاكم المجال للعمل وفقاً للمصلحة العامة التي تقضي بزجر المفسدين وتأديبهم .

فهذا دليل آخر جديد على ان الشريعة الاسلامية ليست من الجمود بحيث رماها بعض الناس ؛ بل هي على العكس قابلة للتطور بحسب المصلحة في كل عصر . وانما التعزير وسيلة كغيرها من الوسائل تجيز للقاضي أن يتوسع في تطبيق الأحكام الجزائية حسب كل واقعة ، وحسب كل مجرم ، للتوصل الى الغاية المقصودة من كل عقوبة عامة : وهي ردع المجرم وزجر امثاله عن تقليده .

وهـذا بلا ريب باب واسع لاقتباس ماحسن من القوانين الجزائيـة العصرية اذا اقتضى الأمر ، ولمجاراة تيار المدنية والحاجات الاجتماعية المتقلبة » اهـ .

(كتاب « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعةالاسلامية» للأستاذ الدكتور صبحي المحمصاني ١/١٣١)[1] .

أقول :

إننا مع تقديرنا لهذا الدفاع عن الشريعة الاسلامية من قبل الدكتور المحمصاني نراه دفاعاً ضعيفاً ، لأن فيه — عن غير قصد منه — شبه تسليم بأن في الشريعة جموداً لكن ليس بالدرجة التي يزعمونها! وكذلك القول بأنها قابلة للتطور ، فانه شبه تسليم بالنقص في أصلها .

والواقع ان هذه الشريعة السمحة التي طبقت آفاق الأرض بنظامها القانوني الرائع قد استغنت عن التطور بأنها جاءت بمبادىء قانونية ذات قيم ثابتـة خالدة في نصوص عامة مرنة ، كما أوضحنـاه في مناسبات سابقة .

فالذي يحتاج الى التطور ليس هو الشريعة الاسلامية ذاتها بل هو

---

(١) - انظر في موضوع المؤيدات التأديبية محاضرتنا عن « الحق العام في الاسلام » المنشورة في « **الجريدة الحقوقية** » التي تصدر بحلب (العدد / ٢٥ / السنة / ٢٠) وفي « **مجلة معهد الحقوق السوري** » بدمشق (العدد / ٣ / السنة الأولى) .

(أولاً) الادراك العقلي والتجريبي لدى خصومها الجاهلين . وهو (ثانياً) وسائل التطبيق الزمنية وفقه الفقهاء .

فقول القرآن العظيم مثلاً « **ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل** » ، وكذا قول الرسول ﷺ « **لا ضرر ولا ضرار** » هما مبدآن تشريعيان خالدان لا يمكن أن يتطورا الى اكمل منهما في موضوعها، وإنما تتطور وسائل تطبيقها والقضاء بهما .

الفصل الثالث

المؤيدات المدنية

٣٤١ ـ بينا فيا سلف في الفرع الأول أن المؤيدات المدنية لنظام المعاملات تبرز في التشريع بصور أربع : **البطلان** ، **والفساد** ، **والتوقف** ، **والتخيير** .

ورأينا أن التوقف هو مؤيد يقصد به ـ غالباً ـ حماية حق لشخص عندما يمسه تصرف صادر من غيره دون نيابة عنه ، وأن التخيير هو أيضاً مؤيد يمنح الشرع بمقتضاه أحد العاقدين خياراً لضمان التوازن الارادي عندما يختل بين الطرفين بسبب طغيان مصلحة أحدهما على مصلحة الآخر دون تحقق رضاه (ر : ف/٣١٣) .

وبما أن التوقف والتخيير قد سلف بيانهما مفصلاً في نظرية العقود عند البحث في شوائب الارادة ، وفي الآثار العامة للعقود في نظريتي **عدم النفاذ** ، **وعدم اللزوم** ، لذلك نكتفي هنا بهذه الاشارة الى موقعهما من نظرية المؤيدات ، اجتزاء بما تقدم فيهما ، ونحيل القارىء عليه .

وسيقتصر كلامنا في فروع البحث التالية على نظريتي **البطلان** **والفساد** .

الفرع الأول

نظرية البطلان

(١) تعريف البطلان لغة واصطلاحاً .

(٢) الوجود الفعلي والوجود الاعتباري .

(٣) تطبيق ذلك على التصرفات القولية والفعلية .

(٤) تحديد سبب البطلان .

(٥) تجزؤ البطلان .

(٦) الفرق بين بطلان العقد وانفساخه .

(٧) نتيجة البطلان الاساسية ومستثنياتها :

أ) النتيجة الأساسية السلبية للبطلان .

ب) الحالات الاستثنائية التي يكون للعقد الباطل فيها أثر معتبر.

ج) الخصائص المتفرعة عن النتيجة الأساسية في البطلان .

(١) ــ تعريف البطلان لغة واصطلاحا

٣٤٢ ــ البطلان في أصل اللغة : سقوط الشيء لفساده .

ويقال : بطل دم القتيل ، إذا ذهب هدراً بلا ثأر ولا دية. ومنه قيل للشجاع : بطل (بفتحتين) ، لأنه يعرض دمه أو دم منازله للبطلان .

ــ والباطل: مالا ثبات له عند الفحص عنه، ومنه قيل لخلاف الحق: « باطل » ، وعليه قول كعب بن زهير :

ومن دعا الناس الى ذمه ذموه بالحق وبالباطل

وعلى هذا المعنى يقع ما في القرآن من نحو قوله تعالى عن عبدة الأصنام (٧/١٣٨) :

« إن هؤلاء متبر[1] ما هم فيه وباطل ما كانوا يعملون».

ومنه تعبير « أكل المال بالباطل » ، أي بغير حق .

وإبطال الشيء: إفساده وإزالته ، حقاً كان الشيء في ذاته أو باطلاً . (ر : المصباح ، ومفردات القرآن للراغب الأصفهاني) .

ــ ثم جاء القرآن باستعمال البطلان في معنى ديني اعتقادي محض : وهو أن لا يترتب على العمل الحسن في ذاته ثوابه الموعود في الآخرة، لما يصاحبه من سوء . وعلى هذا قوله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا لا تبطلوا صدقاتكم بالمن والأذى » .

ــ ثم لما بدأت تتكون لغة الفقه الاسلامي واصطلاحاته ، أخذ البطلان في لسان الفقهاء معنى عملياً تشريعياً جديداً ، فاستعملوه بمعنى **عدم صحة العمل ذي الأثر الشرعي** عندما يكون ذلك العمل غير معتبر في نظر الشارع ، بحيث يعد وجوده كعدمه ، لمخالفة ناحية يوجب الشارع مراعاتها فيه . فلا يترتب عليه أثره الشرعي الخاص من نشوء حق أو سقوط تكليف . ويجري ذلك في العبادات الدينية والأعمال والمعاملات المدنية على السواء :

---

(١) – متبر (بفتح الباء الموحدة المشددة) صيغة مفعول من التتبير بمعنى الاهلاك ، والتبار كالهلاك وزناً ومعنى .

فبطلان الصلاة والصيام مثلاً هو عدم اعتبار صحة لهما. فلا يبرئان ذمة المكلف بهما عن الواجب ؛ بل يبقى مكلفاً بإعادتهما .

وبطلان التصرف الشرعي من بيع وشراء ، وزواج وطلاق ، وإقرار وإبراء ، وأخذ وعطاء ، وسائر المعاملات المدنية : هو عدم حصول آثارها المقررة لها شرعاً بين الناس ، من امتلاك وانتفاع ، واستباحة واستمتاع ، وسائر الحقوق والثمرات والمصالح التي جعل ذلك التصرف سبيلاً إليها وسبباً منشئاً لها .

هذا محصل نظر الفقهاء وكلامهم في ذلك (ر : « الموافقات » للشاطبي ١/٢٩٢ ـــ ٢٩٦) .

وهذا هو البطلان المطلق نفسه بالمعنى القانوني في الاصطلاح الحقوقي الأجنبي . (ر : « الموجز في الالتزامات » للأستاذ السنهوري (ف/١٦٤) .

(٢) ـــ التعريف الاصطلاحي الذي نختاره للبطلان

وعلى ذلك يمكننا تعريف البطلان في الاصطلاح الفقهي بأنه:

« **عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وآثاره في نظر الشارع** »

أي ان البطلان هو عدم ذلك الوجود الاعتباري للتصرف ، وإن وجدت صورته الحسية .

٣٤٣ ـــ الوجود الحسي والوجود الاعتباري :

إن كل تصرف من الانسان له ناحيتان في الوجود :

— وجود حسي : وهو وقوعه بحركته وصورته المادية .

— ووجود اعتباري : وهو أن يعتبر الشارع له بعد وقوعه صفة الصلوح لأن تترتب عليه أحكامه ، وهي آثاره المقررة له شرعاً .

ومن الواضح أن كل ما كان له صفة اعتبارية متوقفة عليها أحكامه فإن عدم اعتباره يجعل وجوده كعدمه . فهو كصورة جامدة لا روح فيها ولا تأثير لها ، وإنما الاعتبار الشرعي هو الذي ينفخ فيها الروح ، ويهبها الحياة والفعالية .

وهذا نظر عام يصدق على جميع التصرفات المدنية من قولية وفعلية أي أن البطلان بمعناه المدني يلحق بالأفعال كما يلحق بالاقوال .

(٣) — تطبيق ذلك على التصرفات القولية والفعلية .

٣٤٤ — (أ) — بطلان التصرفات القولية

إن التصرفات القولية تكون عقدية وغير عقدية كما تقدم (ف/١٣١)

أ) — فالعقود ، كالبيع والاجارة والهبة ، وجودها الحسي : هو صدور الايجاب والقبول ، أو مايقوم مقامهما مما تعقد به العقود عادة .

ووجودها الاعتباري : هو كونها رابطة منعقدة تربط المتعاقدين بحقوق والتزامات رتبها الشرع على انعقاد هذه الرابطة بينهما .

فاذا وجدت هذه العقود مستوفية مقوماتها وشرائطها الاساسية في نظر الشارع اعتبرت منعقدة : أي موجودة شرعاً كما وجدت حساً ،

وترتبت عليها أحكامها ونتائجها التي رتبها الشارع على انعقادها من تمليك أو غيره .

وأما اذا وقعت غير مستوفية لأركانها وشرائطها التي جعل الشارع وجودها الاعتباري متوقفاً عليها في نظره ، كما لو صدر البيع من مجنون ، أو حصلت الهبة أو التبرع من مال وقف أو مال قاصر صغير ، فان العقد ، رغم وجوده حساً يكون معدوماً اعتباراً : أي غير منعقد ؛ فلا يترتب عليه حكمه من تملك أو التزام . وهذا معنى بطلان العقد . (ر : البدائع في الاجارة ٤/٢١٨/ وفي البيوع ٥/٣٠٥) .

ب) ـ ومثل ذلك يقال في غير العقود من التصرف القولي ، سواء أكان إخباراً كالاقرار ، أو كان انشاء الدعوى بطلب الحق .

١ ـ فالاقرار هو : إخبار من المرء بحق عليه لغيره (المجلة/١٥٧٢) . فاذا صدر الاقرار من شخص مستوفياً شرائطه يؤاخذ به المقر ، لأن من القوانين العامة أن المرء مؤاخذ باقراره : فمن أقر بعقد لزمه حكمه ومن أقر بفعل كاتلاف ونحوه لزمه موجبه من الضمان والمسؤولية (المجلة/ ٧٩ و/١٥٨٧) .

لكن اذا نقص الاقرار بعض شرائطه الشرعية كما لو صدر من غير ذي أهلية كالصغير ، أو صدر من ذي أهلية لكنه ظاهر الكذب

كمن أقر بأنه قطع يد فلان ، واليد قائمة سليمة ، فانه لا يعتبر شرعاً ، فيكون وجوده الحسي كعدمه ، فلا يؤاخذ به المقر . وعندئذ يقال: إن الاقرار باطل .

٢ ـ والدعوى هي : طلب انسان حقاً على غيره لدى الحاكم (المجلة ١٦١٣) .

ويشترط لاعتبارها شرعاً كي يستمع إليها القاضي ويتقبلها شرائط معروفة في بابها ، منها العقل في المدعي ، ومعلومية الشيء المدعى به ليمكن تنفيذ القضاء فيه .

فاذا كان المدعي مثلاً صغيراً دون سن التمييز ، أو كبيراً مجنوناً ، أو كان الشيء المدعى به مجهولاً أو مستحيلاً عقلاً أو عادة ، فان الدعوى في كل هذه الأحوال تكون غير معتبرة الوجود شرعاً وان وجدت بالفعل أمام القضاء وعندئذ يقال : انها دعوى باطلة ، فلا يستمع إليها القاضي ، ولا يسأل عنها الخصم .

٣٤٥ ـ (ب) ـ بطلان التصرفات الفعلية :

وكذلك يقال في التصرفات الفعلية ،سواء أكانت مستقلة كاحراز المباحات ، أو كانت مستندة الى عقد كقبض المبيع مثلاً . فان هذه التصرفات هي أفعال حسية تترتب عليها نتائجها التي قررها لها الشارع عندما تستوفي شرائطها التي يتوقف عليها اعتبارها الشرعي .

فاذا لم تستوف شرائطها لا يكون لها اعتبار ، فلا تترتب عليها آثارها .

أ) ــ فاحراز الشيء المباح مثلاً ينشىء عليه شرعاً ملكية لمحرزه اذا استوفى الاحراز شرائطه التي منها أن يكون واقعاً بقصد التملك (ر : ف/١٠٣) .

فاذا لم يقع بهذا القصد كان وجوده كعدمه ، لأنه لم يكتسب الوجود الاعتباري في نظر الشارع ؛فلا يترتب عليه حكمه وهو الملكية لمحرزه ، بل يجوز لغيره أخذه .

ب) ــ وتسليم المبيع الى المشتري ، لكي يعتبر تنفيذاً صحيحاً لعقد البيع ، يجب فيه تسليم المبيع خالياً غير مشغول بحق لغير المشتري. فلو سلم البائع الوعاء المبيع من كيس ونحوه مشغولاً بأشيائه كان التسليم باطلاً . فلا يترتب عليه حكمه وهو انتقال ضمان المبيع الى عهدة المشتري ، بل يبقى البائع هو المسؤول الضامن لهلاك المبيع كأنه لا يزال في يده حكماً دون تسليم ، لأنه هو الشاغل له .

ومثل ذلك ما لو سلم البائع الأرض المبيعة مشغولة بزرعه،أو سلم الدار المبيعة مشغولة بأمتعته ، إلا أن يأذن البائع للمشتري بقبض ما فيها من أمواله ، فينعقد بذلك ايداع.وعندئذ يصح التسليم ويعتبر المشتري متسلماً للمبيع بحكم البيع ، ولما فيه من مال البائع على سبيل الوديعة .

ويدخل في شغل المبيع بحق الغير المانع من صحة التسليم في نظر الفقهاء : ما لو كانت الدار المبيعة مأجورة ، لأنها عندئذ تحت سلطة المستأجر صاحب اليد المشروعة عليها ؛ فلا يصح تسلم المشتري لها وإن كان بيعها صحيحاً . وليس للبائع مطالبة المشتري بالثمن لعدم تهيئة المبيع للقبض[1] . (ر : رد المحتار ٤/٤٣) .

ويمكن أن نعتبر نظير ذلك من التصرفات الفعلية الباطلة: ما لو قام المشتري في البيع الصحيح بقبض المبيع دون رضى البائع قبل أداء الثمن المستحق . فقد صرح الفقهاء أن قبضه هذا لا يعتبر شرعاً ، ولا يسقط به حق البائع في احتباس المبيع ، بل يحق للبائع أن يسترده فيحتبسه عنده الى أن يدفع المشتري جميع الثمن المستحق (ر: المجلة/٢٧٧-٢٧٨) .

---

(١) - يجب الانتباه اليوم الى أنه في البلاد التي يوجد فيها سجل ونظام عقاريان ، بحيث تكون قيود السجل هي المعتبرة في ثبوت الحقوق العقارية وانتقالها كما في بلادنا ، يعتبر تسجيل بيع العقار في صحيفته من السجل العقاري في حكم التسليم الكافي ، ولو كانت الدار مشغولة بأمتعة البائع أو بحقوق مستأجر ذلك لأن قيد السجل عندئذ يغني عن التسليم الفعلي ويقطع علاقة البائع فيصبح أجنبياً. وعلى هذا استقر اجتهاد محكمة النقض السورية .

وإذا ظل بيع العقار شاغلاً له بعد التسجيل وممتنعاً عن تفريغه وتسليمه تنزع يده عنه بقوة القضاء ، كما لو شغله غصباً بلا حق بعد التسليم .

فيبقى هذا الحكم الفقهي ، بالنسبة الى الأموال غير المنقولة ، مقصوراً على الأماكن التي ليس فيها سجل ونظام عقاريان من هذا القبيل .

وكذا لو قبض الموهوب له المال الموهوب دون إذن الواهب لأن الهبة من العقود العينية التي لا تتم إلا بالقبض المأذون ، كما تقدم في نظرية العقود (ف/١٦٣) .

ولكن الأظهر أن يفهم من قول الفقهاء بعدم اعتبار قبض المبيع والموهوب في هاتين الحالتين وما يشبهها أن القبض موقوف لا باطل ، بدليل أن هذا القبض غير المعتبر يقبل الإجازة من البائع والواهب ، فيصبح معتبراً ويفيد حكمه ؛ بينما أن الباطل لا يقبل الاجازة ، كما سنرى في نتائج البطلان (ف ٣٥٩) .

وعندئذ يكون قبض المبيع والموهوب في هذه الحال مثالاً لجريان نظرية التوقف في الأفعال كما في الأقوال .

ونظرية التوقف ، أو عدم النفاذ ، قد تقدم بيانها في نظرية العقود (ف/١٩٤ وما بعدها) وأشرنا إليها في مطلع البحث عن المؤيدات المدنية (ف/٣٤١) .

(٤) ــ تحديد سبب البطلان

٣٤٦ ــ يستنتج مما تقدم بيانه أن البطلان في جميع حالاته وصوره يمكن رده الى سبب واحد : هو مخالفة التصرف لنظام الشرعي في ناحية جوهرية .

وبذلك يتجلى في البطلان معنى المؤيد الحامي لأحكام الشريعة

الأصلية كما تقدم (ر : ف/٣١٠) .

ومن ثم يقول الفقهاء في تعريف العقد الباطل : هو العقد الذي ليس مشروعاً بأصله (ر : الدرر ٢ / ١٦٨ وفتح القدير ٦ / ٤٢) وهم يريدون من عدم مشروعية العقد بأصله : أنه قد وقع مخالفاً لناحية جوهرية من النظام الشرعي فيه .

٣٤٧ ــ ما هي الناحية الجوهرية ؟ :

نريد بالناحية الجوهرية التي توجب مخالفتها البطلان : كل ناحية أو شريطة أساسية ، سواء أكانت ذاتية ، أي متعلقة ببعض الأوصاف المشروطة شرعاً في مقومات التصرف وأركانه ؛ أو كانت شكلية محضة.

فقد رأينا في نظرية العقود مثلاً أن لكل عقد مقومات لا بد من وجودها لكي يتحقق وجوده الفعلي ؛ ومن هــــذه المقومات أركانه (ر : ف/١٤٥) .

ثم إن لكل من هذه المقومات شرائط : أي صفات مشروطة شرعاً لا بد من تحققها فيه حتى يتكون قوام العقد بمقوماته الصحيحة ، ويكتسب وجوده الاعتباري (ر : ف/١٧٢) .

ورأينا أيضاً أن هناك عقوداً شكلية يخضع تكوينها لمراسم معينة من تسجيل أو إشهاد أو كتابة ، بحيث تعد تلك المراسم الشكلية في نظر التشريع من شرائط تكوينها ، كالاشهاد في عقد الزواج شرعاً ، وكالتسجيل

في عقد الوكالة بالخصومة قانوناً (ر : ف/٢٩٩/وحواشيها) .

وهناك أيضاً عقود عينية يعتبر فيها تسليم الأعيان التي يرد عليها العقد شريطة لتمامها ، كالقرض والوديعة (: ف/١٥٣) .

فجميع تلك المقومات العقدية ، وشرائطها الأساسية ـــ ومن جملتها المراسم والشكل في العقود الشكلية . والتسليم في العقود العينية ـ إنما تعبر دائماً عن تلك النواحي الأساسية في نظر الشارع وتحددها : إما بمقتضى نصه الصريح ، وإما بطريق الاجتهـــاد في فهم نصوصه والقياس عليها . وذلك لكي يكون المكلف المتصرف على بصيرة من مصير عمله .

ومن ثم تسمى تلك الشرائط في العقود : **شرائط الانعقاد** ، لأن كلاً منها يعبر عن ناحية من تلك النواحي الجوهرية التي إذا فقدت لم ينعقد العقد :

ـــ فعدم أهلية العاقد (لصغره أو جنونه مثلاً) يوجب بطلان العقد لمخالفته **ناحية جوهرية** في نظام التعاقد من **النواحي الذاتية** . وكذا عدم قابلية محل العقد للتصرف الوارد عليه ، كبيع المال الموقوف ، وكزواج الرجل بمن لا تحل له من النساء .

ـــ وعدم الاشهاد في عقد النكاح ، وعدم التسجيل فيما يوجب القانون لانعقاده التسجيل في مقام رسمي ، كل ذلك يوجب بطلان

العقد لمخالفته ناحية جوهرية من النواحي الشكلية . وهكذا .

على أنه قد تختلف الأنظار الاجتهادية في بعض النواحي من النظام التشريعي هل هي جوهرية أساسية يترتب على مخالفتها بطلان كلي ، أو هي فرعية لا توجب بطلان التصرف من أصله ، وإنما توجب خللاً آخر يسمى فساداً يكون العقد معه مستحقاً للإبطال ، كما سنرى في البحث الثاني[1] .

(٥) – تجزؤ البطلان

٣٤٨ — والبطلان قابل للتجزؤ في نظر فقهائنا ، فقد يكون العقد أو التصرف الواحد بعضه باطل وبعضه معتبر بالنسبة الى ناحية دون أخرى من محله . وذلك لأن الاعتبار الشرعي قد تتوافر شرائطه في جزء دون آخر من المحل ، فلا مانع من تجزؤ الاعتبار[2] .

---

(١) – من هذا القبيل اختلاف الاجتهادات في معلومية العوضين في عقود المعاوضات كالبيع والاجارة والصلح عن مال بمال .

فقد ذهب الاجتهاد الشافعي الى ان كل جهالة في العقد تورثه بطلانا كلياً ، لان معلومية المحل والبدل وما يتصل بها ناحية اساسية في نظره .

وذهب الاجتهاد الحنفي الى ان معلومية المحل والعوض المقابل في العقود انما هي ناحية فرعية لاتوجب مخالفتها بطلانا كليا ، وانما توجب الفساد .

(٢) – وبهذا النظر الفقهي في قابلية البطلان للتجزؤ جاء القانون المدني السوري الذي صدر اخيراً ؛ اذ نصت المادة (١٤٤) منه على انه : =

فقد نص الفقهاء على أنه اذا جمع انسان بين ماله ومال موقوف فباعها صفقة واحدة ،صح البيع في ماله بحصته من الثمن ، وبطل في الموقوف (ر ، الدر المختار ورد المحتار في البيع ٤/١٠٤) .

وكذا لو جمع في النكاح بين امرأة تحل لهوأخرى لا تحل فتزوجها بعقد واحد ، صح النكاح في حق من تحل له ،وبطل في حق الأخرى .

أما اذا كان البطلان في بعض غير معين ولا سبيل الى تعيينه فان البطلان يعم ؛ وذلك كما لو جمع الرجل بين أختين في عقد زواج واحد . فان كل واحدة منهما يصح زواجه منها على انفراد ، وإنما الممنوع الجمع بين أختين ومن في حكمها . ولا مرجح لتصحيح العقد في واحدة بعينها ، ولا فائدة لتصحيحه في واحدة غير معينة ، فيبطل العقد في حقها . وذلك بخلاف ما لو تزوجها بعقدين على التعاقب ، فان العقد الثاني عندئذ يكون هو الباطل ، إلا اذا نسي الأول منهما فيبطلان كلاهما أيضاً لعدم المرجح، وعدم امكان التنفيذ مع الجهالة . (ر : «الهداية» وشروحها في النكاح ٣/١٢٣ ، و « الدرر » ١/٣٣١ و ٣٣٣) .

= « اذا كان العقد في شق منه باطلا او قابلا للابطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، الا إذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا او قابلا للابطال ، فيبطل العقد كله » .

(٦) ــ الفرق بين بطلان العقد وانفساخه

٣٤٩ ــ ان الانفساخ الذي تقدم بيانه في بحث انحلال العقد آخر نظرية العقود هو شبيه بالبطلان . وقد يعبر فقهاؤنا عنه أحياناً بالبطلان تسامحاً في التعبير .

لكن الواقع ان بين البطلان بالمعنى والسبب اللذين سلف ايضاحهما، وبين انفساخ العقود ، فرقاً بيناً .

أ) ــ فبطلان العقد يكون عن مخالفة لنظام التشريع من ناحية أساسية في عملية العقد . فالعقد عندئذ يكون من أصله باطلاً : أي معدوماً اعتباراً . فاذا انعقد العقد على وجهه الصحيح لا يتصور بعد ذلك فيه مخالفة في عملية العقد لأنها قد انقضت ، إلا أن يتبين أنه قد كان هناك مخالفة مستورة توجب البطلان ، فعندئذ يسترد الاعتبار ، فيعتبر باطلاً منذ نشأ .

وبهذا يتجلى في بطلان العقد كونه مؤيداً مدنياً لنظام التعاقد كما سلف بيانه .

فأما الانفساخ فانما يكون بعد تمام الانعقاد الصحيح لسبب طارىء يمتنع معه بقاء العقد بعد وجوده ، كهلاك المبيع عند البائع بعد العقد قبل التسليم ، فالعقد هنا لا مخالفة فيه ، وهلاك المبيع بعد ذلك ليس مخالفة لنظام التعاقد ، ولكنه حادث يتعذر معه تنفيذ العقد فينفسخ .

ومثل ذلك يلحظ في الاجارة اذا هلك المأجور ، وفي الشركة اذاهلك رأس المال المخصص لها .

ب) ـــ ويفترق أيضاً بطلان العقد عن الانفساخ من ناحية أخرى هي أن البطلان يكون العقد معه معدوماً من أصله أبداً. أما الانفساخ فقد يرفع العقد من أصله فيكون الانفساخ مستنداً بأثر رجعي كما في هلاك المبيع قبل التسليم . وقد يقع مقتصراً غير مستند ، فيزول به الارتباط التعاقدي اعتباراً من وقت الانفساخ . أما ما مضى فيبقى على حكم التعاقد ، كما في انفساخ الاجارة والشركة ونحوهما من العقود المستمرة على ما سلف بيانه في محله (ر : ف/٣٠٥) .

(٧) ـــ نتيجة البطلان ومستثنياتها والخصائص المتفرعة عنها

٣٥٠ ـــ ان للبطلان نتيجة أساسية سلبية تتفرع عنها عدة أحكام عامة هي بمثابة خصائص للبطلان وسنبين فيما يلي على التعاقب والترتيب:

أ ـــ تلك النتيجة الأساسية السلبية .

ب ـــ ثم الحالات الاستثنائية بالنسبة إليها .

ج ـــ ثم الخصائص المتفرعة عن تلك النتيجة الأساسية .

أ) ـــ النتيجة الاساسية للبطلان :

٣٥١ ـــ إن للبطلان نتيجة سلبية عامة هي :

أن البطلان يفقد به التصرف سببيته لحكمه ، فلا يترتب عليه

ذلك الأثر النوعي المقرر له شرعاً في حال صحته :

فاذا كان التصرف الباطل عقداً لا تنشأ به التزاماته . واذا كان اقراراً لم يؤاخذ به صاحبه . واذا كان إبراء لم يسقط به الالتزام. وهلم جراً ... وهذا نظر عام في بطلان جميع التصرفات على الاطلاق .

وبهذا يتضح معنى قول الفقهاء : ان العقد الباطل لايترتب عليه حكم أصلاً (ر : البدائع ٥/٣٠٥) .

وبعض المعاصرين اليوم قد استشكل ذلك بأن عدم اعتبار العقد الباطل هو حكم شرعي له ، فهو حكم سلبي يقابل الحكم الايجابي الإنشائي للعقد المنعقد . فكيف يصح القول بأن الباطل لا يترتب عليه حكم ؟ وهذا نظر صحيح في ذاته ، لكن مراد الفقهاء أن العقد الباطل لا تترتب عليه الأحكام والنتائج التي قررها الشارع لحالة انعقاده واعتباره كما أوضحنا فيما سلف من بيان . ومنشأ الاشكال والاعتراض من تنكير كلمة (حكم) ، فانه يوهم نفي أي حكم كان ، لا الحكم الخاص المقرر للعقد الصحيح .

ب) — الحالات الاستثنائية التي للعقد الباطل فيها أثر معتبر :

٣٥٢ — على أن هذا المبدأ العام في النتيجة السلبية للبطلان تشذ عنه حالات استثنائية يكون فيها للعقد الباطل تأثير في وصف ما يبنى عليه من فعل ، فتترتب عليه بعض الآثار الفرعية التي تترتب على

حالة انعقاده . وسنرى ذلك في الحالات الثلاث التالية :

٣٥٣ – أولا – في عقد النكاح

ففي النكاح تتجلى أظهر الحالات التي يكون للعقد الباطل فيها بعض الآثار الفرعية للعقد الصحيح .

فعقد النكاح الباطل لا يثبت حكمه الأصلي من حل الاستمتاع والنفقة والتوارث بحال من الأحوال . ولكنه اذا أعقبه دخول فان المرأة تستحق به مهراً ، ويثبت به نسب الولد من الرجل ، وتجب فيه على المرأة العدة من تاريخ المفارقة . ذلك لأن الشرع يحتاط في إثبات الأنساب وإيجاب العدة بمجرد الشبهة ، ويستلزم ذلك لزوم المهر ، فان اتصال الرجل بالمرأة في شريعة الاسلام لا يمكن أن يخلو عن احدى النتيجتين: اما عقوبة الحد اذا كان زنى محضاً ، واما المهر اذا كان بنكاح صحيح أو بشبهة . والعقد – وان لم يكن صحيحاً – يورث شبهة تثبت بها هذه الأحكام الاحتياطية .

حتى انه لو لم يكن فيه محل الشبهة لا تثبت فيه هذه الأحكام ، كما سنرى (ر . ف/٣٦٨ ح) .

ويلحظ هنا أن هذه الأحكام الاستثنائية في النكاح الباطل لم تترتب إلا بناء على فعل الدخول ، لا على مجرد العقد . ولكنها لم تكن لتثبت لولا هذا العقد الباطل ، اذ يكون الاتصال عندئذ بين الرجل

والمرأة مجرد زنى لا تأويل فيه لولا استناده الى هذا العقد . ومن ثم اعتبرت أثراً للعقد الباطل .

٣٥٤ ــ ثانياً ــ في ضمان المبيع المقبوض في البيع الباطل :

والبيع الباطل إذا قبض فيه المشتري المبيع فقد اختلف الفقهاء في حكمه :

ــ فمنهم من يرى أن المبيع يكون أمانة في يد المشتري غير مضمون عليه اذا هلك دون تعد منه أو تقصير في حفظه ، كالوديعة في يد الوديع . وحجة ذلك ان البيع لما كان باطلاً لم يبق سوى مجرد القبض بإذن البائع . وهذا لا يوجب الضمان على القابض إلا بالتعدي أو التقصير . فيبقى المبيع على ملك البائع أمانة في يد المشتري ، وبهذا الرأي أخذت المجلة (م/٣٧٠) .

ــ ويرى آخرون أن المبيع يكون في يد المشتري مضموناً عليه بمثله إذا كان مالاً مثلياً ، وبقيمته إن كان قيمياً[1] . وحجتهم أنه مقبوض

---

(١) ـ المال المثلي : هو الذي له أمثال في السوق مساوية له في الصفات بحيث يمكن أن يقوم بعضه مقام بعض في الوفاء دون فرق يعتد به ، كالسكر والزيت والقمح من نوع واحد ، وكالورق وأواني البلور والواحه ونحوها من المصنوعات المتماثلة اليوم .

أما المال القيمي : فهو ما ليس له أمثال مساوية كالحيوانات والدور والمصوغات . فلكل واحد منها قيمة تختلف عن الآخر من جنسه باختلاف الصفات المميزة له (ر : المجلة / ١٤٥ - ١٤٦) . =

على سبيل المعاوضة المقصودة بالعقد . وبطلان البيع إنما يمنع انتقال الملكية به ، ولكنه لا يلغي فكرة المعاوضة الثابتة فيه ، والتي لم يسلم البائع المبيع إلا على أساسها . ومن المقرر أن القبض على سبيل البدلية يوجب الضمان[1] . ومن المقرر أيضاً أن الشيء المقبوض على سوم الشراء[2] بلا عقد هو مضمون على قابضه بالمثل أو القيمة اذا بين له ثمن عند المساومة، لدلالة هذا البيان على أن صاحبه لم يسلمه إلا على أساس المعاوضة والضمان . فالمبيع المقبوض في البيع الباطل ليس بأدنى حالاً منه .

وهذا النظر هو المرجح في الاجتهاد الحنفي ، وبه قال الأئمة الثلاثة الآخرون أيضاً (ر : رد المحتار ٤/١٠٥) .

وبذلك نرى أن البيع الباطل ، وان لم يترتب عليه حكمه ، قد كان له في قبض المبيع أثر وصفي جعله مضموناً .

٣٥٥ ـ ثالثاً ـ في انقلاب العقد

ومما يتصل بالآثار الاستثنائية للعقد الباطل ما يكون من انقلاب هذا العقد أحياناً الى عقد آخر صحيح في بعض الأنظار الفقهية . فان

= ويرى تفصيل نظرية المثلية والقيمية في الجزء الثالث الذي أسميناه « المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي » ف / ٨٢ - ٩٥ .

(١) - انظر ما تقدم في تصنيف العقود : ف / ٣٠٣ ح .

(٢) - القبض على سوم الشراء: هو أن يأخذ الانسان شيئاً من صاحبه على أنه إن أعجبه اشتراه (ر : م / ٢٩٩) .

العقد الذي يعتبر باطلاً في موضوعه الخاص قد يتضمن عناصر عقد آخر لا يتنافى مع غرض العاقدين ، فينصرف إليه ، وان اعتبر باطلاً في موضوعه المتعاقد عليه .

مثال ذلك أن فقهاءنا حكموا ببطلان البيع والاجارة إذا صرح في عقدهما بنفي الثمن والأجرة صراحة ، بأن قال العاقد : بعتك هذا الشيء بلا ثمن ، أو قال : آجرتك إياه بلا أجرة . وذلك لأنهما من عقود المعاوضة التي تقوم على أساس بدلين متقابلين . فاذا نفي الثمن صراحة انتفت حقيقة العقد وهي المعاوضة[1] .

ثم اختلفوا بعد تقرير بطلان البيع والاجارة :

ـ هل ينقلب العقد فينعقد البيع هبة ، والاجارة إعارة ؟

ـ وهل ينقلب البيع إعارة أيضاً إذا كان فيه توقيت مع نفي البدل ، كما لو قال : بعتك منفعة هذا الشيء شهراً بلاثمن ، أو لا ينقلب العقد في شيء من ذلك ؟

ذهب فريق من الفقهاء الى هذا الانقلاب تنزيلاً على القاعدة

(١) ـ بخلاف ما اذا كان الثمن أو الأجرة مسكوتاً عنهما في العقد دون أن ينفيا صراحة ، كما لو قال : بعتك هذا الشيء أو آجرتكه ، وقبل الآخر . فان الثمن أو الأجرة يعتبر حينئذ ملحوظاً ، ولكنه مجهول لعدم بيانه . فيفسد العقد فساداً ، كما سنرى في البحث الآتي عن الفساد .

العامة القائلة : العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني (ر : ف/١٥٢).

وذهب آخرون الى عدم هذا الانقلاب، بحجة أن العقد الأصلي هنا باطل فهو معدوم، والانقلاب لا يكون في معدوم. وهذا هو الرأي الظاهر الترجيح في الاجتهاد الحنفي (ر: رد المحتار: ج ٤ و ٥ أول كتابي العارية والاجارة).

ولكننا نرى أن الرأي الأول أوجه، والقواعد الفقهية تؤيده، فإن من القواعد المقررة أن «إعمال الكلام أولى من إهماله» ما أمكن (المجلة/٦٠) ومن صور إعمال الكلام: حمله على المجاز اذا تعذرت الحقيقة (المجلة/٦١). فيعتبر التعبير بالبيع والاجارة مجازاً عن الهبة والاعارة، وان المجاز في العقود معهود. حتى لقد صرح الفقهاء في النكاح، على خطورة موضوعه، أنه ينعقد بلفظ البيع على سبيل المجاز في التعبير (ر: الهداية وشروحها ٣/١٠٧)[1].

(١) والنظر القانوني الحديث في الفقه الاجنبي يتجه الى هذا فيما يسمونه : **نظرية تحول العقد** : وهي نظرية حديثة في الفقه الالماني. حتى ان اصحابها يتوسعون فيها فيقولون بانقلاب البيع الى هبة ولو كان الثمن مذكوراً في العقد، اذا كان الثمن تافها يسيراً بالنسبة الى المبيع بحيث يدل على قصد التبرع.

(ر: «الموجز في الالتزامات» للاستاذ السنهوري: ف / ١٦٨ / الحاشية و «نظرية العقد» له أيضاً: ف / ٥٩٤ / وما بعدها). =

ج) — خصائص البطلان[1]

٣٥٦ — إن للبطلان خصائص عديدة هي أحكام عامة متفرعة عن تلك النتيجة الأساسية السلبية للبطلان كما سلفت الاشارة إليه. وهذه الخصائص هي التالية :

٣٥٧ — (أولاً) — ان بطلان الشيء يستلزم بطلان ما في ضمنه وبطلان ما بني عليه. (ر : المجلة/٥٢) .

وعلى هذا قرر الفقهاء أنه :

أ) — اذا باع الانسان شيئاً بيعاً باطلاً ، واشتمل البيع على شروط وحدد فيه الثمن ، بطلت مع البيع الشروط التي اشترطها العاقدان فلا تلزمها ، وبطلت أيضاً تسمية الثمن المسمى . فهذا مثال لبطلان ما تضمنه الباطل .

= وبهذا أخذ القانون المدني السوري الذي صدر لدينا الآن ، وأصله القانون المصري الجديد فقد صرحت المادة (١٤٥) منه بأنه :

« اذا كان العقد باطلاً او قابلاً للابطال ، وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فانه يكون صحيحاً باعتبار ذلك العقد الذي توافرت فيه اركانه ، اذا تبين ان نية العاقدين كانت تنصرف اليه » .

(١) الخصائص : جمع « خاصية » بالصاد المشددة والياء التحتية المشددة نسبة مصدرية الى « الخاصة » بتشديد الصاد .

ب) ـــ واذا جرى التقابض بين الطرفين في المبيع والثمن على سبيل التنفيذ لهذا البيع الباطل لا يعتبر هذا التقابض بيعاً بالتعاطي ، لأنه انما قصد به الطرفان البناء على العقد الباطل ، فيكون باطلاً أيضاً . ويبقى ما قبضه كل منهما ملكاً لصاحبه . وهذا مثال بطلان ما بني عليه الباطل[1] .

وسنرى في الخاصية التالية ثمرة بطلان تسمية الثمن ، وثمرة بطلان تنفيذ العقد الباطل .

وكذلك لو أقر أحد لآخر بمبلغ ، أو أبرأه ولو إبراءاً عاماً ،وكان الاقرار أو الابراء مبنياً على عقد أبرمه الطرفان ، كبيع أو صلح ، ثم تبين بطلان العقد . فانه يبطل الاقرار والابراء المترتبان عليه . (ر : رد المحتار ، باب الاستحقاق ٤/١٩٩ ـــ ٢٠٠ وكتاب الصلح ٤/٤٧٣ و ٤٧٩/ والمجلة/١٥٦٦) .

٣٥٨ ـــ (ثانياً) ـــ اذا بطل التصرف الفعلي لزم نقضه واعادة الاوضاع الى سابق عهدها قبل التصرف .

---

(١) ـــ أما اذا لم يكن التقابض على سبيل التنفيذ للعقد الباطل والبناء عليه ، بل أجراه الطرفان بقصد جديد ، عدولاً عن العقد الباطل الى تعاط مستوف شرائط الانعقاد ، كان هذا التعاطي عقداً جديداً مفيداً لحكمه ، كما لو جدد الطرفان العقد الباطل تجديداً صحيحاً باللفظ .

وذلك لأن التصرف الفعلي يحدث أثراً مادياً على كل حال ، سواء أكان التصرف صحيحاً أو باطلاً . وبذلك يختلف عن التصرف القولي الذي يكون أثره اعتبارياً محضاً . فلا بد من ازالة الأثر الذي أحدثه التصرف الفعلي الباطل لتعود الأوضاع الحقوقية الى ما كانت عليه من سابق حالها .

وبناء على ذلك لو تقابض المتبايعان المبيع والثمن في البيع الباطل يلتزم كل قابض برد ما قبضه ، لبطلان القبض المبني على عقد باطل[1] .

فلو استهلك المشتري المبيع في هذه الحالة يضمن للبائع مثله اذا كان مثلياً ، وقيمته اذا كان قيمياً ، سواء أكانت قيمته في السوق أكثر أو أقل من الثمن المسمى في العقد . ذلك لأن البيع لما كان باطلاً كانت تسمية الثمن في ضمنه باطلة أيضاً . والأصل في ضمان الأموال التعادل. والمعادل للمال المستهلك هو مثله أو قيمته . وإنما حل الثمن المسمى محلها بسبب العقد . فاذا بطل الاتفاق على الثمن لأنه جزء من العقد الباطل رجع الضمان الى أصله بالمثل أو القيمة .

وهذا بخلاف ما لو كان البيع منعقداً صحيحاً ، فقبض المشتري

(١) - وهذا يدخل في نطاق نظرية الاثراء بلا سبب مشروع وهي نظرية تعبر عن مبدأ قد أقر الفقه الاسلامي فكرته في نطاق وشرائط أضيق مما في الفقه الاجنبي .

المبيع دون رضى البائع قبل دفع الثمن المستحق ، وهلك المبيع في يد المشتري أو استهلكه ، فانما يضمن للبائع الثمن المتفق عليه في العقد ، لا قيمة المبيع ، لأن المبيع قد انتقلت ملكيته الى المشتري بمجرد تمام البيع الصحيح لقاء ثمن معين حل محل القيمة بالتراضي . ولم يبطل هذا التعيين للثمن ، وانما الذي بطل هو القبض غير المستحق . فيهلك المبيع في يد المشتري وهو مملوك له بالثمن المسمى لا بالقيمة التي قد تكون أكثر أو أقل منه .

وعلى هذا الأساس يتنزل أيضاً ما لو قبض الموهوب له المال الموهوب دون رضى الواهب صراحة أو دلالة فانهذا القبض باطل، لأن الهبة من العقود العينية التي لا تتم إلا بالقبض المأذون . فلو هلك المال المقبوض في يد الموهوب له في هذه الحال كان مضموناً عليه بالمثل لو مثلياً ، وبالقيمة لو قيمياً .

٣٥٩ — (ثالثاً) - العقد الباطل لا يقبل الاجازة :

فالاجازة انما هي في الحقيقة ارادة منفردة يقرر بها الانسان ويمضي تصرفاً قائماً متوقفاً جعل الشرع له فيه حق التقرير والرفض .

فالنظر الفقهي أن محل الاجازة انما هو العقد المنعقد الموقوف الذي يمس حقاً لغير العاقدين. فلذلك الغير أن يجيزه ان شاء فينفذ عليه، أو أن يرفضه فيبطل .وعلى كل حال يعتبر العقد الموقوف عقداً صحيحاً

لكنه معقول : أي محتبس عن السريان . فبإجازة صاحب العلاقة يحل عقاله فيجتاز محبسه وينفذ الى هدفه . فكأنه رسول ساع الى غاية بينه وبينها أرض محمية الحدود ، فاذا أذن له صاحبها اجتازها بالاجازة، وإن منعه عاد أدراجه . (ر : « البدائع » ٥/١٤٨ ـ ١٤٩) .

والعقد الباطل ، كما رأينا ، ليس قائماً متوقفاً ليمكن إنفاذه الى غايته بالاجازة ، بل هو لغو عديم الاعتبار في نظر التشريع ، فكأنه لم يوجد أصلاً (ر : البدائع ٥/٣٠٥) . فاذا ما أريدت إجازته لينفذ الى الغاية الحقوقية المقصودة به يجب إيجاده بانشاء جديد على وجه معتبر[1].

وعلى هذا قرر الفقهاء أن العقد اذا بطل لعدم أهلية العاقد ، كما لو باع المجنون أووهب الصغير شيئاً من ماله ، ثم عقل المجنون أو بلغ الصغير ، فأجاز العقد لا يجوز ، لأنه صدر باطلاً فلا يقبل الاجازة ، فعليه إن شاء أن يجدد إنشاءه[2] .

---

(١) وبهذا أخذ القانون المدني السوري الذي صدر حديثاً اذ صرحت المادة / ١٤٢ / منه بأن البطلان لا يزول بالاجازة .

(٢) والفرق في النتيجة بين تجديد العقد واجازته ظاهرة :

أ) ـ فان تجديد العقد يتوقف على توافق الارادتين ، بخلاف الاجازة فانها ارادة منفردة .

ب) ـ والعقد المجدد انما يبدأ أثره من تاريخ تجديده. أما الاجازة اذا صحت فتستند بأثر رجعي الى تاريخ العقد المجاز ، فيعتبر بها حكم العقد المجاز نافذاً من تاريخ صدوره ، كما تقدم بيانه في نظرية العقود .

وكذلك لو تبرع من مال الصغير وليه أو وصيه ، أو باعا شيئاً من ماله بغبن فاحش ، ثم بلغ الصبي فأجازه وأمضاه ، فانه لا يمضي ، لأنه صدر من أصله باطلاً .

وعلى هذا أيضاً لو باع فضولي أو اشترى لغيره كان عقده موقوفاً على الاجازة . فلو رفض ذلك الغير العقد عندما بلغه ، ثم عاد فأجازه لا يعود منعقداً ، لأنه قد بطل بالرفض السابق ،فلم يعد يقبل الاجازة بل يجب انشاؤه من جديد إن أريد . (ر : الدر المختار ، فصل الفضولي ٤/١٤١) .

ونظيره ما لو أوجب أحد المتعاقدين العقد فرفض الآخر،ثم عاد فقبل ، فان العقد لا ينعقد ، لأن الايجاب بطل بالرفض فلم يعد يلحقه قبول ،بل يعتبر القبول ايجاباً جديداً يحتاج الى قبول(ر:ف/١٥٣و١٧١).

٣٦٠ - (رابعاً) - العقد الباطل لا يحتاج الى فسخ ، ولا يحتج به أمام القضاء .

أ) ـ فأما كونه لا يحتاج الى فسخ فلأن الفسخ انما يحتاج اليه في عقد قائم يكون لأحد طرفيه الخيار في التحلل من رابطته أو بقائه . ثم قد يستقل الطرف المخير عندئذ في الفسخ ، كما في خيار الشرط في البيع ، اذ يفسخه صاحب الخيار خلال المدة المشروطة له دون حاجة الى رضاء ، وقد يحتاج الفسخ الى رضاء أو قضاء ، كما في

خيار العيب . وعلى كل حال اذا لم يفسخ العقد المستحق للفسخ يبقى ساري الحكم نافذ المفعول .

أما العقد الباطل فهو معدوم لم يوجد، وازالة المعدوم تحصيل للحاصل ، وهذا عند علماء المعقول مستحيل .

فلكل من العاقدين أن يعتبر العقد الباطل معدوماً ، ويتصرف بناء على هذا الاعتبار :

ـ فاذا كان العقد الباطل بيعاً مثلا فللبائع بيع العين المبيعة ثانية أو استعمالها واستهلاكها لأنها لا تزال على ملكه .

ـ واذا كان العقد الباطل زواجاً فللمرأة أن تتزوج زوجاً آخر[1] .

فان أقام المشتري أو الزوج في العقد الباطل دعوى أمام القضاء فطالب المشتري بتسليم المبيع ، أو طالب الزوج المرأة بالمتابعة ، أمكن الطرف الآخر أن يدفع دعواه دفعاً ببطلان العقد. وهكذا يستغني المتمسك بالبطلان عن تجشم إقامة الدعوى لابطال العقد الباطل ، ويكتفي شرعاً وقانوناً بموقف سلبي يكون به دافعاً لدعوى خصمه إذا هوجم بها .

على أنه ، اذا كان من الناحية النظرية لا حاجة بمن يتمسك بالبطلان

---

(١) ـ يلحظ هنا أنه اذا أعقب الزواج الباطل دخول فانه تترتب على الدخول عدة على المرأة . فلا يجوز لها الزواج حتى تنقضي عدتها ، ليعرف فراغ الرحم منعاً لاختلاط الانساب . (ر : ف ٣٥٣) .

الى إقامة دعوى لأجل الابطال ، فمن الناحية العملية قد يحتاج الى إقامة الدعوى لتقرير البطلان ، ولا سيا اذا كان العقد الباطل قد تم تنفيذه. وذلك كما لو كان بيعاً أعقبه تسليم المبيع ويريد البائع استرداده . فهو مضطر في هذه الحال الى التقاضي اذا لم يستطع الاسترداد بالتراضي.

وكذا إذا كان سبب البطلان فيه خفاء واشتباه، فان الطرف المتمسك بالبطلان يحتاج الى المبادرة بالادعاء ليطمئن الى رأي القاضي وتقديره، كي لا يبني تصرفه على تقدير البطلان ، ثم تحكم المحكمة بخلافه فينقض تصرفه .

لكن يلحظ في جميع هذه الأحوال التي قد يحتاج فيها المتمسك بالبطلان الى اقامة الدعوى به أن القاضي **لا يبطل العقد في هذه الاحوال ابطالا** (كما يفسخ العقد المستحق للفسخ بحيث اذا لم يفسخه يكون قائماً نافذاً في الواقع) ،وانما يقضي القاضي في هذه الحال بأن العقد **قد صدر باطلا من أصله** : أي ان القضاء بالبطلان عند التنازع فيه لا ينشىء الابطال ، بل يظهر البطلان ويقرره تقريراً .

ب) ـ وأما كون العقد الباطل لا يحتج به أمام القضاء فذلك نتيجة لازمة لبطلانه في ذاته دون حاجة الى ابطال .

ويترتب عليها أن القاضي يرد الاحتجاج بالعقد الباطل اذا ادعى أو تمسك به ذو مصلحة لديه ، ولو لم يدفع الخصم بالبطلان ولم ينتبه اليه.

ذلك لأن الباطل اذا كان لا يحتاج الى إبطال ، فتقرير بطلانه عند التمسك به لا يتوقف على طلب .

٣٦١ ــ (خامساً) ــ البطلان لا يسري عليه حكم التقادم

التقادم : هو مرور الزمان الذي تقدمت الاشارة اليه في عدة مناسبات[1] . فلا يمتنع التمسك ببطلان العقد الباطل لمنع تنفيذه ولو مضت على العقد مدة التقادم : (وهي خمسة عشر عاماً) . ذلك لأن الباطل معدوم ، والعدم لا ينقلب وجوداً بطول الأمد .

فلو فرض في البيع الباطل مثلاً أن المشتري لم يكن قد قبض المبيع حتى انقضى خمسة عشر عاماً ، ثم رفع البائع الدعوى على المشتري ليلزمه بقبض المبيع وأداء الثمن ، فان للمشتري أن يدفع دعوى البائع بحجة بطلان البيع . وكذا لو رفع المشتري الدعوى على البائع طالباً تسليم المبيع بعد التقادم فان للبائع أن يدفع دعواه ببطلان البيع . ويقبل من كل منهما هذا الدفع رغم تركه الادعاء بالبطلان مدة التقادم . ذلك لأن كلاً منهما في الأصل غير مكلف بالادعاء والتقاضي لابطال العقد، لما قدمنا ان الباطل لا يحتاج الى ابطال .

وذلك بخلاف ما لو كان البيع الباطل قد تم تنفيذه بالتقابض ، ومضت مدة التقادم ، ثم رفع البائع الدعوى بعد خمسة عشر عاماً يطلب

(١) - ر : ف / ٤٨ و ١٠٢

استرداد المبيع بحجة بطلان البيع . فان للمشتري في هذه الحال أن يدفع دعوى البائع بتقادم العين في يده دون أن يعترف بأنه تلقاها منه بشراء باطل ،وعندئذ يقضى برد دعوى الاسترداد ، لأنه اذا كان البيع الباطل لا يحتاج الى دعوى لإبطاله فان استرداد المبيع بعد تنفيذ البيع بالتسليم يحتاج الى دعوى كما سلف بيانه . فيخضع حق الاسترداد للتقادم ،لأن ترك الدعوى فيما تجب فيه من الحقوق الخاصة مدة التقادم يمنع سماعها . فيعتبر حكم التقادم هنا سارياً على حق الاسترداد ، لا على بطلان العقد.

ومثل ذلك يقال فيما لو رفع المشتري الدعوى على البائع في هذه الحال طالباً استرداد الثمن لبطلان البيع بعد مضي مدة التقادم على أداء الثمن ، فان للبائع أن يدفع الدعوى بتقادم الحق المدعى به .

ويظهر الفرق جلياً بين سريان حكم التقادم على حق الاسترداد وعدم سريانه على بطلان العقد ، فيما لو تأخر التقابض في البدلين عن تاريخ العقد حتى مضت مدة التقادم على العقد الباطل ، ولم تمض على التقابض . ففي هذه الحال يحق لكل من المتبايعين أن يطلب استرداد ما سلمه بحجة بطلان العقد ، وليس للطرف الآخر أن يدفع بمرور الزمان على العقد ذلك لأن البطلان لا يؤثر فيه التقادم ، وحق الاسترداد لم يتقادم[1] .

★ (١) — جاء في المادة / ١٤٢ / من القانون المدني السوري الذي صدر=

نظرية الفســاد

(١) معنى الفساد لغة واصطلاحاً
(٢) منشأ نظرية الفساد والاختلاف فيها
(٣) التصرفات التي يفترق فيها الفساد عن البطلان
(٤) تعريف الفساد
(٥) أسباب الفساد
(٦) نتيجة الفساد
(٧) موقف القانون من الفساد
(٨) مقارنة نظرية الفساد بالبطلان النسبي في الفقه الاجنبي .

=لدينا الآن ، وفي المادة/ ١٤١/ من أصله المصري ان « **دعوى البطلان تسقط بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد** » .

والمراد بدعوى البطلان رفع الدعوى به لا دفعها . فان الادعاء بالبطلان بعد تنفيذ العقد الباطل لاسترداد ماوقع عليه التنفيذ هو الذي يخضع لحكم التقادم. أما الدفع بالبطلان في وجه من يدعي بطلب تنفيـذ العقد فلا يؤثر فيه التقـادم شرعاً ولا قانوناً كما أوضحناه . وهذا ما إستقر عليه الرأي وصيغ على وفقه هذا النص عند مناقشته في لجنة المراجعة في المجلس النيابي المصري .

(ر : كتاب « التقنين المدني المصري » للاستاذ جمال الدين العطيفي : ج١ ص/ ٢٦٥ في الحاشية / ٢) .

(١) ــ معنى الفساد لغة واصطلاحاً

٣٦٢ ــ الفساد في أصل اللغة : هو تغير الشيء عن الحال السليمة وخروجه عن الاعتدال ، فهو ضد الصلاح ، يقال: فسد اللبن واللحم والفاكهة والهواء : اذا اعتراه تغير أو عفونة حتى أصبح غير صالح .

ثم استعمل لغة في جميع الأشياء والأمور الخارجة عن نظام الاستقامة ، كالبغي والظلم والفتنة . وعليه قوله تعالى : « ظهر الفساد في البر والبحر » وقوله : « والله يعلم المفسد من المصلح » .

(ر : مفردات الراغب الأصفهاني ، والمصباح ، والقاموس المحيط ، وأساس البلاغة) .

ثم لما نشأت الاجتهادات الفقهية واصطلاحاتها أطلق فقهاء الحنفية الفساد على معنى تشريعي مدني جديد ، فاستعملوه للدلالة على حالة يعتبرون فيها العقد مختلاً في بعض نواحيه الفرعية اختلالاً يجعله في مرتبة بين الصحة والبطلان : فلا هو بالباطل غير المنعقد ، لأن مخالفته لنظامه الشرعي ليست مخالفة في ناحية جوهرية كما في حالة البطلان ؛ ولا هو بالصحيح التام الاعتبار ، لأن فيه إخلالاً بنظام التعاقد ولو أن هذا الاخلال في ناحية فرعية غير جوهرية .

ولفظ الفساد يشعر بذلك لأنه ينبىء بمعنى التغير والاختلال في شيء موجود .

(٢) ــ منشأ نظرية الفساد والاختلاف فيها

٣٦٣ ــ إن نظرية فساد العقود حنفية المنشأ ، كما أشرنا إليه ، فإن الاجتهاد الحنفي هو الذي قررها وانفرد بها من بين سائر الاجتهادات الأخرى التي لا تجعل بين البطلان والصحة مرتبة ثالثة .

فالعقد عند جمهور المجتهدين ــ بالنسبة الى وجوده الاعتباري وعدمه ــ هو بين حالتين اثنتين : إما صحيح ، وهو المنعقد ؛ وإما باطل أو فاسد ، وهو غير المنعقد ، وذلك عندما يخالف العقد الأمر والنهي الشرعيين في نظام التعاقد .

غير أن الاجتهاد الحنفي لحظ أن صور المخالفات ليست في درجة واحدة ، بل منها مخالفات أساسية ،ومنها فرعية . فلا ينبغي أن تكون النتيجة واحدة في الحالين ، لأن قوة الجزاء المؤيد يجب أن تتناسب مع درجة المخالفة للنظام . والعقد المخالف لنظامه في ناحية فرعية فقط هو موافق للنظام المشروع في جميع النواحي الأساسية ، وتوافرت فيه أركانه وسائر مقوماته وشرائطها . فيجب أن يكون في مرتبة بين البطلان والصحة .

٣٦٤ ـــ سبب الاختلاف في مرتبة الفساد

واصل ذلك أنهم اختلفوا في مقتضى النهي الشرعي عن التصرفات ذات الوجود الاعتباري كالعقود .

ـــ فذهبت بعض الاجتهادات ، وخاصة الحنبلي ، الى أن مقتضى النهي البطلان ، لأنه ينافي مشروعية الفعل المنهي عنه مطلقاً ، دون تمييز بين النواحي التي يتعلق بها النهي . وعلى هذا حكموا ببطلان عقود الربا ، للنهي القرآني فيها بقوله تعالى :

« ياأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا مابقي من الربا إن كنتم مؤمنين »

وحكموا كذلك ببطلان العقد المقترن بشرط ممنوع للنهي عنه في السنة النبوية . وقد يبطلون الشرط دون العقد .

وذهب الاجتهاد الحنفي الى أن مجرد النهي عن الفعل لا يدل على عدم مشروعية أصله حتماً ، بل قد تجتمع مشروعية أصل الفعل مع النهي عنه ، كما يظهر من التفصيل التالي :

٣٦٥ ـــ اختلاف آثار النهي الشرعي باختلاف أسبابه

فما نهى عنه الشارع من التصرفات نهياً دون أن ينص على بطلانه نصاً ، فإن نتيجة النهي تختلف فيه باختلاف سبب النهي : أي باختلاف نوع المخالفة للنظام الشرعي .

أ) ـــ فقد ينهى الشرع عن الفعل لأنه ليس بمشروع من أصله ،

إذ يكون من المفاسد القبيحة في ذاتها ـ كالزنى والقتل والغصب .

وفي مثل هذا يعتبر الفعل المنهي عنه باطلاً محضاً لا يفيد صاحبه ثمرة أو منفعة . وعلى هذا لا يثبت في الزنى المحض نسب ولا مهر،ولا يرث القاتل من قتيله ، كما لا يملك الغاصب المغصوب .

ومن هذا القبيل النهي الوارد في السنة النبوية عن بيع « الملاقيح والمضامين » كما تقدم في نظرية العقود (ر : ف/٢٩٦ ح) ، فان الشرع لم يعتبرها محلاً صالحاً للعقد . وكذا النهي عن بيع الملامسة والمنابذة (ر : ف/١٣٦) لأنه لم يعرب عن تراض صحيح . فتكون هذه العقود فاقدة بعض مقوماتها من محل أو ركن . فتعتبر باطلة .

ب) ـــ وقد ينهى الشرع عن الفعل المشروع الاصل ، فينصرف النهي الى وصف يستقبحه الشارع فيه ويريد تجريده عنه . ذلك لأن الأصل لما كان مشروعاً لم يبق الا الوصف هدفاً للنهي . وذلك كالنهي الشرعي عن الربا ، فان عقد الربا هو بيع أو قرض فهو مشروع الأصل ؛ ولكن فيه وصفاً زائداً يستقبحه الشارع هو اشتماله على فضل بلا عوض .

وكذلك النهي عن اشتراط بعض شروط خاصة في عقد البيع والاجارة فان عقدهما في أصله مشروع ، ولكن الشرط هو وصف غير مشروع .

فالعقد المنهي عنه اذا كان من هذا القبيل - أي مشروع الاصل - لا يفيد النهي بطلانه كغير المشروع أصلاً ، بل يعتبر منعقداً انعقاداً فاسداً : أي مختلاً في ناحية فرعية منه اختلالاً يجعله مستحقاً للإبطال ، ما لم يمنع من إبطاله مانع . فاذا منع من إبطاله مانع ، كما سنرى ، استقر اعتباره وثبت حكمه .

أما الباطل فانه لا يترتب عليه شيء من نتائج العقد الصحيح كما تقدم.

وهذا معنى قول الفقهاء في تعريف العقد الفاسد : انه « هو العقد المشروع بأصله لا بوصفه » . بخلاف العقد الباطل ، فانه عندهم غير مشروع بأصله ولا بوصفه ، كما تقدم في بحث البطلان (ف/٣٤٦)[1] .

---

(١) - ولتمييز عدم مشروعية أصل العقد عن عدم مشروعية وصفه ينظر الى مقومات العقد الخمسة : وهي : **العاقدان** ، **والمحل** ، **والموضوع**، **والركن**، (الركن هو الايجاب والقبول المعبران عن التراضي أو مايقوم مقامهما في هذا التعبير) :

فاذا كان النهي منصباً على أحد هذه المقومات ومؤثراً في صلوحها أفاد عدم المشروعية في أصل العقد فيبطل . واذا كان منصباً على ناحية أخرى فرعية من العقد ، وكانت مقوماته هذه كلها سليمة ، فالعقد حينئذ **مشروع الاصل غير مشروع الوصف** . وهذا يستوجب الفساد لا البطلان .

وعلى هذا ، فالنهي عن بيع **الملاقيح والمضامين** قد تعلق **بالمحل** وهو المبيع والنهي عن بيع **الملامسة والمنابذة** قد تعلق **بالركن** وهو التراضي ، لعدم قيام طريقة المنابذة والملامسة مقام الايجاب والقبول في نظر الشارع

وبما أن **المحل والركن** هما من مقومات العقد كان هذا النهي مفيداً عدم مشروعية أصله فيبطل .

=

ج) ــ وقد ينهى الشرع عن الفعل المشروع الذي ليس في أصله أو أوصافه الذاتية أية مخالفة لنظامه ، وتكون علة النهي أمراً خارجياً محضاً ، كالنهي القرآني عن البيع وقت أذان الجمعة .

فهذا النهي لا يوجب بطلاناً ولا فساداً ، لأن البيع ـ من حيث إنه عقد مدني ـ هو تام المقومات والشرائط الذاتية ، وإنما النهي لمعنى خارجي هو الالتهاء بالعقد عن العبادة الواجبة . فمقتضاه مجرد الحرمة الدينية ، كما لو اشتغل الانسان بمبايعاته عن صلاة أخرى حتى فات وقتها . فإن ذلك محرم ديانة ولكنه لا يؤثر في صحة عقوده التي مارسها عوضاً عن العبادة في وقتها .

ومن هذا القبيل النهي الوارد في السنة النبوية عن خطبة الانسان

= وكذلك عقد المجنون مثلا ؛ فان عدم أهلية العاقد كعدم العاقد . وان العاقد من مقومات العقد ، فيبطل عقد المجنون بطلاناً .

وهذا بخلاف عقد الربا فان المقومات فيه كلها سليمة من عاقديه ومحله وركنه وموضوعه الذي هو بيع أو قرض . ومتعلق النهي فيه إنما هو الفضل في أحد العوضين ، وهو ناحية فوعية زائدة عن المقومات الخمسة . فيكون عقد الربا مشروعاً بأصله ، وانما أفاد النهي التشريعي عدم مشروعية ما اشتمل عليه من زيادة خالية عن عوض ، وهي من أوصافه ، فيفسد العقد فساداً ولا يبطل بطلاناً .

(ر : « الفروق » للقرافي المالكي : ج ٢ الفرق / ٧٠) .

على خطبة أخيه ، وسومه على سوم أخيه ، إلا أن يأذن له[1] ، وأمثال ذلك من صور النهي .فلا يوجب هذا النهي في النكاح والشراء الواقعين كذلك بطلاناً أو فساداً من الوجهة المدنية القضائية ، وإنما يوجب كراهة دينية لمعنى أخلاقي خارج عن عناصر تكوين العقد .

ونحن اذا ساوينا بين النتائج في جميع حالات النهي دون نظر الى علة النهي وهدفه ، نكون قد ساوينا بين ماهية عقدية كاملة سليمة وأخرى ناقصة .

٣٦٦ ــ هذا محصل نظر الأصوليين والفقهاء في مبنى نظرية الفساد التي ذهب إليها الاجتهاد الحنفي، عرضناه هنا بتبسيط وتوضيح[2] .

---

(١) ـ **خطبة الانسان على خطبة أخيه** : هي أن يكون رجل خاطباً امرأة للزواج ، فيأتي غيره فيزاحمه عليها ويخطبها لنفسه قبل انقطاع المفاوضة مع الأول .

وسوم الانسان على سوم اخيه : هو نظير ذلك في الشراء : أي ان يتقدم الى استيام شيء ليشتريه بينما يستامه شخص آخر . وقد روى الإمامان البخاري ومسلم في صحيحيهما أن النبي عليه السلام نهى عن ذلك .

(ر : الهداية وفتح القدير ، فصل البيع المكروه ١٠٧/٦ ورد المحتار ١٣٢/٤ و « نصب الراية لاحاديث الهداية » للزيلعي ، كتاب البيوع : ج ٤ الحديث / ١٤) .

★ (٢) ـ ر : اصول فخر الاسلام للبزدوي وشرحه « كشف الاسرار » باب النهي ١ / ٢٥٦ ـ ٢٩١ / وخاصة الصفحات / ٢٥٨ و ٢٦٦ و ٢٦٨ و ٢٧٠=

وقد قال القرافي المالكي في كتابه « الفروق » عن مبنى هذا التمييز بين الفساد والبطلان في نظرية أبي حنيفة « انه فقه حسن » .

والاجتهادان المالكي والشافعي ، خلافاً للحنبلي ، قد تابعا في مواطن دون أخرى التمييز الحنفي بين نهي مفسد لماهية الفعل ، ونهي متعلق بأمر خارج عنها فلا يفسدها . لكنهما على كل حال ، كغيرهما من الاجتهات ، لم يميزا بين الفساد والبطلان في المعنى والنتائج .

(ر : « الفروق » للقرافي : ج ٢ الفرق/ ٧٠) .

وبذلك يتضح مما تقدمت الاشارة إليه أن العقد الفاسد في نظر الفقهاء يعتبر في مرتبة بين البطلان والصحة . فلا هو بالباطل المعدوم الاعتبار ولا بالصحيح التام الاعتبار . وذلك عندما يكون العقد مستوفياً شرائط ركنه وسائر مقوماته ، وهي الشرائط الأساسية الضرورية لانعقاده ، ولكنه مخالف لنظام التعاقد من حيث اشتماله على ما كان يجب أن يخلو عنه كالشروط الممنوعة ، أو من حيث خلوه عما يجب أن يشتمل عليه كمعلومية محل العقد ، فانه اذا لم يكن معلوماً فسد العقد .

= و ٢٨٠ و ٢٩٠ / وفتح القدير شرح الهداية باب البيع الفاسد : ٦ / ٤٢ و ٥٥ و ٩٣ / والبدائع أيضا: ٥ / ١٩٩ - ٣٠٠)

(٣) — التصرفات التي يفترق فيها الفساد عن البطلان

٣٦٧ ـ رأينا في البحث السابق أن البطلان يجري في جميع أنواع التصرفات من فعلية وقولية ، عقدية كانت أو غير عقدية .

(ر : / ٣٤٣ ـ ٣٤٥) .

أما الفساد فمجاله أضيق من ذلك ، فان التمييز بين البطلان والفساد لا يشمل جميع التصرفات . بل ان منها ما ليس له إلا مرتبتان : الصحة والبطلان ، فلا فرق فيه بين فاسد وباطل في عدم الاعتبار الشرعي .

غير أن فقهاء المذهب الحنفي الذي أسس نظرية الفساد الى جانب البطلان في نطاق المؤيدات الشرعية لم يضع فقهاؤه الى اليوم ضابطاً يقيم حداً واضحاً لما يجري فيه هـذا التمييز بين البطلان والفساد وما لايجري ، ولكنهم قد فصلوا أسباب الفساد وأحكامه تفصيلاً مستوعباً في الفصول التي ميزوا بين بطلانها وفسادها ، كالبيع والإجارة والهبة والمخارجة وغيرها .

وهم يصرحون في بعض الفصول الأخرى أنها لافرق فيها بين فاسد وباطل كما في العبادات ، من صلاة وصيام وحج وإيتاء الزكاة . فانها جميعاً تكون: إما صحيحة مبرئة لذمة المكلف ، أو غير صحيحة فلا يسقط بها الواجب ، وفي هذه الحال يقال : انها فاسدة أو باطلة بمعنى واحد .

(ر : رد المحتار : ج ١ ، أول باب مفسدات الصلاة) .

ضابط ما تجري فيه نظرية الفساد وما لا تجري .

هذا ، وباستقراء نصوص الفقهاء والأصوليين وتتبع مباحثهم في التمييز بين البطلان والفساد في شتى الفصول الفقهية من الأحكام المدنية يظهر لنا في محل هذا التمييز الضابط التالي :

ان التمييز بين الفساد والبطلان لا يجري الا في العقود المالية التي تنشىء التزامات متقابلة او تنقل الملكية .

أ) ــ فيدخل في هذا الضابط عقود البيع والإجارة والرهن والحوالة والصلح عن المال والمخارجة والقسمة والشركة والمزارعة وأمثالها ، لأنها تنشىء التزامات متقابلة .

ويدخل أيضاً عقد القرض والهبة ، لأنهما ينقلان الملكية .

فكل ذلك ، مما يتميز فساده عن بطلانه ، يعتبر مع الفساد منعقداً .

ب) ــ ويخرج عن هذا الضابط جميع التصرفات الأخرى التالية :

١ً ــ التصرفات الفعلية مطلقاً .

٢ً ــ التصرفات القولية التي ليست من قبيل العقود ، بل من تصرف الإرادة المنفردة كالطلاق والاعتاق ، والوقف والإبراء ، والكفالة ، وكذلك الإقرار .

٣ً ــ العقود غير المالية كالزواج والوكالة والوصاية والتحكيم ، فان الوكالة والوصاية والتحكيم عقود تفويض .

٤ً – العقود المالية التي تنشيء التزامات متقابلة ولا تنقل الملكية كالايداع والإعارة .

حتى ان الفقهاء لا يصورون الفساد في الاعارة إلا عندما تكون لقاء عوض فتأخذ حكم الاجارة .

فكل هذه الأنواع من التصرفات التي تخرج عن ذلك الضابط لا يعتبر لها إلا مرتبتا وجود وعدم ، أو صحة وبطلان . وليس لها بينهما مرتبة ثالثة هي الفساد . بل ان فسادها في بطلانها بمعنى واحد في الدلالة على عدم وجودها الاعتباري في نظر الشرع[1] .

---

(١) يلحظ هنا ماسبق بيانه في بحث البطلان من ان النكاح الباطل قد تترتب عليه بعض آثار النكاح الصحيح من نسب ومهر وعدة اذا اعقبه دخول ذلك لانه يعتبر فيه شبهه كافية لاثبات النسب الذي يتوسع الشرع في اثباته احتياطا . ويتبع ذلك المهر والعدة (ر : ف / ٣٥٣) .

وهذا الاثر هو ما دعا بعض الفقهاء الى ان يميزوا بين فاسد النكاح وباطله ، لا من حيث **الانعقاد وعدمه** ، فكلاهما غير منعقد ، بل من حيث **ثبوت هذه الآثار وعدمها** .

– **فالنكاح الفاسد** عندهم : هو ذلك الذي يصلح أن يكون فيه شبهة استحلال للمتعة يثبت معها النسب والمهر والعدة وان لم يكن النكاح منعقداً ، كالنكاح بلا شهود ، ونكاح المعتدة قبل انقضاء عدتها ، وزواج الرجل بمطلقته بعد ثلاث تطليقات قبل تحقق اسباب حلها الجديد .

– أما النكاح **الباطل** : فهو الذي لا شبهة فيه أصلاً ، كما لو تزوج رجل احدى =

وقد عدد الفقهاء في بعض المناسبات التصرفات التي يعتريها الفساد تعداداً يختلف زيادة ونقصاً ، فأوصلوها الى واحد وعشرين، ونظموها شعراً . وصرح بعضهم بتساوي معنى الفساد والبطلان في الوكالة والوصاية والوقف والاقالة والصرف (ر : الدر المختار ورد المحتار باب المهر في النكاح :٢ / ٣٥٢ ــ ٣٥٤) .

غير أننا نلاحظ على ذلك ملاحظتين :

١) ــ انهم لم يستوعبوا جميع ما يستوي فيه الفساد والبطلان .

٢) ــ ان عدهم الاقالة والصرف مما يستوي فيه الفساد والبطلان غير مسلم به ؛ بل الفرق فيهما بين الفاسد والباطل هو الموافق للقواعد.

٣٦٩ ــ ملاحظة :

إنا لعلامة المرحوم علي حيدر أفندي قد أجرى نظرية الفساد هذه في الدعوى قياساً على العقود ، فقسم الدعوى في كتابه « أصول استماع الدعوى » الى ثلاثة أنواع :

١ ــ دعوى صحيحة : وهي الدعوى المستوفية جميع شرائطها وتتضمن طلباً مشروعاً ، كطلب ثمن مبيع أو استرداد مغصوب . وهذه يترتب

= محارمه كبنته او اخته عالما بالحرمة ، فانه كالزنى المحض بل افظع . فلا يترتب عليه اثر من نسب او مهر . وتجب فيه عقوبة الحد على ارجح الآراء المذهبية (ر : رد المحتار في باب المهر: ٢ / ٣٥٠ ــ ٣٥١/ وفي حد الزنى: ٣/ ٣٤٣ ٣٥٤/.

عليها سير المحكمة في اجراءاتها من تكليف الخصم بالجواب عنها ، وتكليف المدعي باثبات مدعاه اذا انكر خصمه الخ ...

٢ ــ وفاسدة : وهي الدعوة المستوفية شرائطها الاساسية بحيث تكون صحيحة من حيث الأصل . ولكنها مختلفة في بعض اوصافها الخارجية (أي فيما سميناه : ناحية فرعية) وذلك كما اذا كان المدعى به مجهولاً بأن ادعى أحد على آخر بدين مثلاً لم يبين مقداره ، فهي على هذا الوجه غير صالحة لأن تسير فيها المحكمة ، ولكنها قابلة للاصلاح . وهذه لايجور ردها فوراً ، ولا السير فيها وتكليف الخصم الجواب عنها . بل يكلف المدعي أولاً تصحيحها بتحديد مدعاه . فاذا صححها واستكمل نواقصها سارت فيها المحكمة وإلا ردتها . ولا يستلزم هـذا الرد سقوط الحق بتاتاً ، بل للمدعي أن يجددها على وجه صحيح متى شاء .

٣ ــ وباطلة : وهي الدعوى غير المشروعة في أصلها كمن ادعى على أحد بطلب صدقة ، أو بوفاء دين لأنه من جيران المدين ، أو بطلب تنفيذ عقد باطل[1] . وهذه لا يترتب عليها حكم ، بل يردها القاضي عفواً لعدم امكان إصلاحها (ر : اصول استماع الدعوى ، ص/٤٣ــ٤٥).

---

(١) معنى ذلك أن المدعي معترف في دعواه بأن العقد الذي يطلب تنفيذه هو عقد باطل ، فاذا كان يزعم صحته فالدعوى عندئذ صحيحة مبدئياً ، ثم للمحكمة الفصل في صحة العقد أو بطلانه .

وهذا تفقه حسن وقياس جيد ، وعليه العمل القضائي لدينا . وان نصوص الفقهاء وقوانين اصول المحاكمات ـــ وان لم تقسم الدعوى غير الصحيحة الى فاسدة وباطلة ، ولم تميز فيها هذا التمييز من حيث الاسم ـــ هي مؤيدة له من حيث الحكم والعمل .

وان المادة / ٥٠ / من قانون الاصول الحقوقية العثماني تنص على أنه اذا كان في الدعوى ابهام تستوضح المحكمة من المدعي لازالة ابهامها، ولم توجب ردها رأساً .

والتعامل القضائي في الدعوى المشروعة الأصل أنها لاترد لخلل فرعي قابل للتدارك ـ كالجهالة مثلا ـ الا اذا عجز المدعي عن استكمال نقصها ، بخلاف الدعوى غير المشروعة أصلا ، ولا سيما بعد أن أصبحت الدعوى خاضعة لرسوم مالية ومراسم قانونية ، وردها يضيع على المدعي تكاليف وجهوداً وزمناً .

فيجب التمييز في الدعاوي غير الصحيحة بين دعوى مشروعة في أصلها قابلة للتصحيح ، فتكون فاسدة فساداً ، ويكلف صاحبها تصحيحها ، وبين دعوى غير مشروعة أصلاً لفقدان شريطة أساسية ، فتكون باطلة بطلانا .

وبناء على ذلك تضاف الدعوى إلى زمرة ماتجري فيه نظرية الفساد وتعتبر مستثناة من الضابط الذي نصبناه ، فانها من التصرفات القولية

غير العقدية ، ومع ذلك يميز فيها بين الفساد والبطلان .

(٤) ــ التعريف الاصطلاحي للفساد

٣٧٠ ــ أشرنا فيما سلف الى أن فقهاء المذهب الحنفي الذين أسسوا نظرية الفساد الى جانب البطلان في المؤيدات المدنية ، يعرفون العقد الفاسد بأنه : هو العقد المشروع **بأصله لا بوصفه** (ر : ف/٣٦٨) .

ونرى أن هذا التعريف لايعطي صورة واضحة عن حقيقة معنى الفساد ، وإنما يكشف عن سببه فقط ، كما أن فيه غموضاً يورث كثيراً من الاشتباه . وبناء على ما تقدم يمكننا أن نعرف الفساد في العقد بمعناه المقصود في اصطلاح الفقه الحنفي تعريفاً آخر بأنه :

هو اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة يجعله مستحقاً للفسخ .

وهذا التعريف، بعدماسلف من بيان، أصبح واضحاً . وهو يمتاز :

١ ــ بأنه يصور حقيقة الفساد التي هي خلل اعتباري في العقد ، ويشير الى سببه الموجب له وهو مخالفة نظام التعاقد في ناحية فرعيه .

٢ ــ بأنه يصف تأثير الفساد في العقد بأنه يجعله مستحقاً للفسخ والابطال ، فيشير الى نتيجة الفساد التي سنبحث عنها قريباً .

٣ ـــ بأنه يفيد أن العقد الفاسد منعقد . وذلك عن طريق وصفه باستحقاق الفسخ ، إذ لا يستحق الفسخ الا ما كان منعقداً ذا وجود اعتباري قائم في نظر الشرع .

هذا ، وان استحقاق الفسخ لا يفيد معنى تحتيم الفسخ في جميع الأحوال ، بل يتلاءم هذا التعبير مع الحالات التي يمتنع فيها فسخ العقد الفاسد شرعاً بمانع في بعض الأحوال ، كما سنرى في بحث نتيجة الفساد.

هذا ، ومن تعريف الفساد يفهم تعريف العقد الفاسد .

(٥) ـــ أسباب الفســاد

الاسباب العامة والخاصة

٣٧١ ـــ ان حالات الفساد ، كما يفهم من تعريفه ، ترجع الى سبب عام هو :

مخالفة العقد لنظام الشرعي في ناحية فرعية متممة .

وهذا السبب العام يبرز في العقود بصور عديدة يمسك بها الفقهاء ويحددونها في كل عقد ، فتعتبر هي السبب المباشر في فساده .

وهذه الصور المختلفة للمخالفة الموجبة للفساد: منها ماله تأثير مفسد عام في العقود التي يعتريها الفساد ، ومنها ما يختص ببعض هذه العقود دون بعض .

ومن ثم تنقسم أسباب الفساد الى نوعين : عامة وخاصة .

فأما الأسباب الخاصة فيرجع في معرفتها الى شرائط الصحة في كل عقد على حدة من كتب الفقه ، ولا مجال لعرضها هنا في هذا البحث العام.

فالشيوع مثلاً يفسد الرهن، ولا يفسد البيع (ر:ف/١٢٤-١٢٥) ، والاشتراط الممنوع ، المسمى بالشرط المفسد ، يفسد عقود المعاوضات ولا يفسد الهبة (ر : ف/٢٥١) وهلم جراً ...

وتلك الأسباب العامة للفساد ، فيما يظهر لنا بالاستقراء ، لا تعدو ثلاثة : الجهالة ؛ والغرر ؛ والاكراه ، على رأي من يرى الاكراه موجباً لفساد العقد لا لتوقفه . (ر : ف/١٨٥ ح و ١٩٤ ح) .

وسنشرح الأسباب الثلاثة العامة فيما يلي :

أ) ــ الجهالة

٣٧٢ ــ الجهالة المفسدة للعقود في الاجتهاد الحنفي إنما يراد بها الجهالة الفاحشة :وهي التي تفضي الى نزاع مشكل . والنزاع المشكل : هو الذي يتعذر حسمه لتساوي حجة الطرفين فيه استناداً الى تلك الجهالة .

(ر : البدائع في الاجارة : ٤/٢٠٧) .

وذلك كما لو باع انسان شاة غير معينة من قطيع غنم : فالبائع قد يريد اعطاء الرديئة بحجة عدم التعيين . والمشتري كذلك يريد الجيدة بحجة عدم التعيين أيضاً .

وكذا لو تعاقدا اجارة بأجرة مجهولة ،أو مزارعة دون بيان حصة كل منهما من الحاصل ولا يوجد عرف في مكان العقد ليرجع إليه .

وكذا لو عقد أشخاص شركة دون بيان كيفية تقسيم الربح بينهم (ر : المجلة / ١٣٣٦) .

فكل ذلك وأمثاله من صور الجهالة مفسد للعقد .

أما الجهالة التي لا تؤدي الى نزاع مشكل فلا تضر بالعقد . وذلك كما لو باع الانسان كل ما في صندوقه أو في بيته دون معرفة ما فيه . فيصح العقد ،لأن المبيع ،وان كان مجهولاً ، هو معين بالذات بحد حاصر له متفق عليه وهو الصندوق أو البيت . وهذا التعيين حجة صالحة لالزام كلا المتبايعين وحسم النزاع : فانه اذا ظهر أكثر مما يظن البائع فحجة المشتري عليه راجحة ، واذا ظهر أقل مما يظن المشتري فحجة البائع عليه راجحة . (ر : رد المحتار ٤/٢١) .

وعلى هذا جوز الاجتهاد الحنفي أيضاً اشتراط خيار التعيين في عقود المعاوضة ، كما لو بيع أحد أشياء معينة على أن يكون لأحد المتعاقدين من بائع أو مشتر حق تعيين الواحد الذي ينصرف اليه البيع .

وقد أقر الاجتهاد الحنفي اشتراط خيار التعيين هذا قياساً على خيار الشرط (ر : ف/١١ ثامناً) لحاجة المتعاقد الى التروي والمشورة فيها . وقالوا : لا يضر ما فيه من جهالة المبيع عند العقد ، لأنها غير

مفضية الى نزاع مشكل ، فان تفويض التعيين الى أحد المتعاقدين قد فتح طريق ازالة هذه الجهالة ، وجعل إرادة المفوض في التعيين ملزمة للآخر برضاه . وهذا صالح لحسم النزاع قضاء دون تجاوز على إرادة أحد العاقدين .

(ر : « الدرر شرح الغرر » كتاب البيوع : ٢/١٥٤) .

٣٧٣ - الجهات التي تتعلق بها الجهالة المفسدة :

هذا، وان الجهالة المفسدة للعقد إنما ترجع غالباً الى أربع جهات:

١ً - الجهالة في المعقود عليه : وذلك كجهالة المبيع في عقد البيع أو المأجور في الاجارة ، أو المصالح عنه في الصلح ، أو الموهوب في الهبة ، وهكذا .

٢ً - جهالة العوض في عقود المعاوضات المالية : وذلك كجهالة الثمن في عقد البيع ، وجهالة البدل المصالح عليه في عقد الصلح .

٣ً - جهالة الآجال في كل ما يجري فيه أجل ملزم : وذلك كجهالة المدة المتعاقد عليها في عقد الاجارة ، وجهالة موعد استحقاق الثمن المؤجل في عقد البيع، أو موعد استحقاق البدل المؤجل في عقد الصلح.

أما الأجل غير الملزم فلا تضر جهالته كمدة استمرار عقد الشركة. فان الشركة عقد غير لازم في الاجتهاد الحنفي . فلو حدد لها أجل جاز

للشريك فسخها قبله . فلا حاجة الى معرفة أجلها سلفاً ، بل تستمر حتى يوجد ما ينهيها من فسخ قصدي أو موت .

٤ ـــ جهالة وسائل التوثيق المشروطة في العقد : وذلك كما لو اشترط البائع على المشتري تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل. فيجب أن يكون الكفيل والرهن معينين ، وإلا فسد البيع .

ملاحظة :

هذا ، ويلحظ في هذا المقام أن الفقهاء في بحثهم عن الجهالة المفسدة يصفونها بأنها « الجهالة المفضية الى النزاع » .

هكذا يطلقون التعبير بالنزاع ، وإنما مرادهم النزاع المشكل الذي يتعذر حسمه لتساوي حجج الطرفين فيه على نحو ما أوضحناه ، وذلك بدلالة الفروع التي يذكرونها . وإلا فان مطلق النزاع لا يمكن اجتنابه بعد التعاقد ولو كان التعاقد صحيحاً . فالقضاء هو الكفيل بإحقاق الحق وحسم النزاع وفقاً لنصوص العقود وقواعد الأحكام . وإنما المشكلة عندما يكون في العقد جهالة تصلح متمسكاً لكل من الطرفين في ارادته ، فيتعذر على القضاء حل النزاع دون استبداد وتجاوز على الارادات .

ب) ـــ الغرر

٣٧٤ ـــ الغرر (بفتحتين) : هو في اللغة بمعنى التغرير : أي

الايهام والتوريط (ر : القاموس المحيط) .

والمراد به عند الفقهاء أن يعتمد التعاقد على أمر موهوم غير موثوق. وسمي كذلك لأن ظاهره يغر العاقد ويورطه في نتيجة موهومة .

وأصله ما ثبت في السنة أن النبي عليه الصلاة والسلام « قد نهى عن بيع الغرر » . (ر : النهاية لابن الأثير ، والجامع الصغير : رقم/٩٤٣٩/ وشرحه « فيض القدير » للمناوي) .

والاجتهاد الحنفي يميز في هذا الصدد بين نوعين من الغرر :

الاول) ـ غرر في أصل المعقود عليه : وهذا يوجب بطلان العقد ، وذلك كبيع الحمل في بطن أمه ، فانه باطل لاحتمال أن يكون انتفاخاً ، أو أن يولد ميتاً .. وكبيع ضربة القانص والغائص : أي ما سيخرجه الصياد في شبكته ، والغائص في غوصته من السمك أو الدرر . فلا ينعقد البيع في شيء من ذلك للغرر ، فانه أشبه بالقمار . ولذا كانت المباحات لا يجوز بيعها قبل احرازها .

والثاني) ـ غرر في الاوصاف والمقادير ونحوها من النواحي الفرعية : وهذا يوجب فساد العقد ، وهو المقصود هنا .

وأكثر ما يذكر الفقهاء الفساد للغرر في البيوع والشركات :

— ففي البيوع : لو باع شخص بقرة واشترط أنها تحلب كذا رطلاً ، فالبيع فاسد للغرر ، إذ يمكن أن لا تحلب هذا المقدار تماماً . وهذا

بخلاف ما لو باعها على أنها حلوب أو غزيرة اللبن ،فهذا وصف لاغرر فيه : فاذا تبين أنها ليس لهـــا لبن تسمى به حلوباً أو غزيرة اللبن في العرف ، يحق للمشتري الفسخ بخيار فوات الوصف المشروط .

وكـــذا لو باع شاةً على أنهـا حامل ، أو حامل ذكراً . فالبيـع فاسد للغرر .

ـــ وفي الشركات : لو اشترط المتعاقدان في عقد الشركةأن يكون لأحدهما دنانير أو دراهم معينة من الربح فان دلك غرر ، لاحتمال أن لا تربح الشركة سوى هذا القدر أو أقل أو لا تربح أصلاً أو تخسر . فيشترط لصحة الشركة أن يكون الربح موزعاً بين الشركاء حصصاً شائعة نسبية ، كالنصف أو الربع ، أو كذا في المائة ،فاذا شرط لأحدهم مقدار مقطوع فسدت الشركة (ر : المجلة/١٣٣٦)[1] .

---

(١) – يلحظ هنا ان المجلة قد عبرت في هذه المادة ببطلان الشركة اذا اشترط فيها مقدار مقطوع من الربح لأحد الشركاء. لكن المراد الفساد ، كما تصرح به نصوص الفقهاء في الشركة وهو الموافق للقواعد (ر : الدر المختار ٣/٣٤٤) .

وكثيراً مايتساهل الفقهاء في التعبير بين البطلان والفساد ، فيطلقون الفاسد على الباطل ، وبالعكس (ر : باب البيـع الفاسد في الدر المختـار ، وفي الدرر ، وفي الهداية) .

وقد نبه أيضاً على هذا التساهل في التعبير الاستاذ شفيق شحاتة (ر : رسالته « نظرية الالتزامات في الشريعة الاسلامية » : ف/١٦٣) .

قال ابن المنذر : « لا خلاف لأحد من أهل العلم في عدم جواز هذا الاشتراط » (ر : فتح القدير ٥/٤٠٢) .

— وفي المزارعة والمساقاة : اذا اشترط كذلك لأحد الطرفين قدر معين مقطوع من محصول الأرض أو ثمر الشجر فسدت المزارعة للغرر . فيجب لصحة العقد أن تكون الحصص من الحاصل شائعة نسبية .

ج) — الاكراه

٣٧٥ — وأما الاكراه فقد اختلف الرأي في الاجتهاد الحنفي حول أثره في العقود اذا عقدت بالاكراه : هل يفسدها افساداً ، أو يجعلها موقوفة ؟

— فذهب الإمام أبو حنيفة الى أن الاكراه يفسد العقد افساداً ، وتترتب عليه سائر أحكام العقد الفاسد . حتى انه لو كان الاكراه في بيع أو هبة مثلاً تنتقل فيه ملكية المبيع أو الموهوب اذا تم تنفيذ العقد بالتسليم ، وفقاً للأحكام العامة في العقد الفاسد ، كما سنرى في نتائج الفساد .

— وذهب زفر بن الهذيل من كبار أصحاب أبي حنيفة الى أن العقد مع الاكراه صحيح موقوف لا فاسد ، فلا يفيد حكمه بالتنفيذ ؛

بدليل أنه يقبل الاجازة بعد زوال الاكراه باتفاق الآراء . وهذا من دلائل التوقف لا الفساد ، فان الفاسد يفسخ فسخاً ولا يرتفع فساده بالاجازة . فالاكراه مانع النفاذ لا للصحة .

وقد تقدم ايضاح ذلك في مبحث شوائب الارادة من نظرية العقود فلينظر (ف/١٨٥ متناً وحاشية) .

فعلى رأي من رأى الاكراه مفسداً للعقد افساداً يكون الاكراه من أسباب الفساد العامة . وعلى الرأي الآخر يخرج الاكراه عن هذا الموضوع إذ يكون من موانع النفاذ .

وقد بينا هناك أن رأي زفر أوجه من رأي الامام فيما يظهر ، وان المادة /١٠٠٦/ من المجلة يشعر ظاهرها بأنها قد اختارت رأي زفر ، إذ صرحت بأن « العقود الواقعة بالاكراه غير معتبرة ، ولكن إذا أجازها العاقد المستكره بعد زوال الاكراه عنه تعتبر » .

فعدم الاعتبار مفاده عدم ثبوت حكم العقد ولو تم تنفيذه . وهذا إنما يتمشى على رأي زفر بالتوقف ، لأن العقد الموقوف هو الذي لا يفيد حكمه قبل الاجازة ، ولا تنتقل فيه الملكية إذا كان ناقلاً لها لو تم تنفيذه . أما أبو حنيفة فيقول بانتقال الملكية في العقد المعقود بالاكراه إذا تم تنفيذه ككل عقد فاسد ، وإنما للمستكره حق الفسخ كما أسلفنا بيانه .

٣٧٦ ــ هذه هي الاسباب العامة الثلاثة للفساد في الاجتهاد الحنفي.

ويليها في العموم الشرط المفسد : وهو الشرط التقييدي الممنوع الذي تقدم بيانه في بحث الشروط العقدية من نظرية العقود (ف/٢٥١) فان الشرط المفسد يفسد جميع عقود المعاوضات كالبيع والاستصناع والاجارة والصلح والقسمة والمخارجة ، وكذا عقود الشركة والمزارعة والمساقاة .

وما سوى ذلك فأسباب خاصة ينحصر تأثيرها في بعض العقود : فالشيوع مثلاً يفسد الرهن . والتوقيت يفسد البيع . وعدم التوقيت يفسد الاجارة وعدم التقابض في مجلس العقد يفسد عقد الصرف.. الى غير ذلك مما يرجع في معرفته الى شرائط الصحة في كل عقد على حدة.

(٦) نتيجة الفساد

٣٧٧ ــ رأينا فيما سلف : أن العقد الفاسد يعتبر منعقداً (ف ٣٦٨) .

ورأينا في تعريف الفساد : انه يجعل العقد مستحقاً للفسخ (ف/٣٧٠) .

ومن الواضح أن انعقاد العقد يستوجب أثراً له ، لأن العقد الذي لا يترتب عليه أثره أصلاً هو الباطل .

واستناداً الى هذا النظر تقرر في الاجتهاد الحنفي أن فساد العقد ـ

بالمعنى الاصطلاحي للفساد : وهو أنه مرتبة متوسطة بين الصحة والبطلان.
نتيجته هي :

أن يصبح العقد مستحقاً للفسخ بإرادة كل من الطرفين وبإرادة القاضي[1] .

أي ان العقد الفاسد يفقد قوته الالزامية . فاذا طولب أحد الطرفين بتنفيذه دفع عن نفسه بالفسخ . فاذا لم يطلب أحد الطرفين الفسخ فان القاضي يفسخه من تلقاء نفسه دون طلب ، (كما في حالة البطلان) حماية لنظام التعاقد الذي هو من النظام العام وهذا لا ينافي ترتب الاحكام الأصلية على العقد الفاسد بمقتضى انعقاده . فترتب الحكم نتيجة للانعقاد . واستحقاق الفسخ نتيجة للفساد . بحسب التفصيل التالي في هاتين النتيجتين .

أولاً) ــ ترتيب الحكم على العقد الفاسد :

٣٧٨ ــ فأما ترتيب الحكم على العقد الفاسد بمقتضى انعقاده فانه لا يثبت بمجرد العقد ، كما في العقد الصحيح ، بل يتأخر حتى تنفيذ العقد الفاسد : فاذا كان بيعاً فاسداً مثلاً لا يملك المشتري المبيع بتمام الايجاب والقبول . بل متى تسلمه فعندئذ يملكه وينفذ تصرفه فيه .

---

(١) ــ (ر : البدائع : ٥/٣٠٠) .

وكذا الهبة الفاسدة بالنسبة لامتلاك الموهوب ،والصلح الفاسدبالنسبة لامتلاك البدل ، والقسمة الفاسدة بالنسبة لامتلاك الأقسام ، وهلم جراً (ر : المجلة/٣٦٦ و ٣٧١) .

وفي الاجارة الفاسدة يثبت حكمها وتلزم الأجرة باستيفاء المنفعة فعلاً ، لا بمجرد العقد (المجلة/٤٧١) .

ووجهة نظر الفقهاء في تأخير ثبوت حكم العقد الفاسد الى تاريخ التنفيذ أنه ما دام مستحقاً للفسخ وهو عرضة للإبطال ـ حتى بإرادة القاضي ولو لم يطلب إبطاله أحد الطرفين ـ فليس من المصلحة الشرعية تعجيل بناء حكم على عقد يوجب الشرع نقضه ، لأن الدفع أسهل من الرفع . ولكن إذا وقع التنفيذ ، والعقد منعقد ، لم يبق مناص من إثبات حكم العقد (ر :الدرر شرح الغرر ،باب البيع الفاسد: ٢/١٧٤) .

٣٧٩ ـ غير ان هذا الحكم الذي يثبت في العقد الفاسد عند تنفيذه لا تثبت فيه الحقوق المتقابلة بحدودها التي حددها العقد ، بل يرد الفساد هذه الحقوق المتقابلة الى قواعدها الأصلية التي توجب التعادل في التبادل ، لأن الحدود الاتفاقية في العقد قد فسدت بفساده (ر : البدائع : ٤/٢١٨) .

وعلى هذا قرروا في البيع الفاسد أنه اذا تم تنفيذه بالتسليم حتى انتقلت الى المشتري ملكية المبيع ، وجبت عليه قيمته يوم القبض .

والقيمة هي سعر السوق لا ثمنه الاتفاقي المسمى في العقد (ر: المجلة/٣٧١)

وفي الاجارة الفاسدة يستحق المؤجر بتنفيذها أجر المثل كقيمة للمنافع المستوفاة، لا الأجر المسمى في العقد[1].

وفي الشركة الفاسدة اذا كانت شركة أموال فالربح الحاصل فيها يستحقه الشركاء بنسبة حصصهم في رأس المال، لا بحسب اتفاقهم في

★ (١) – لكنهم في فساد الاجارة قد اعتبروا الأجر المسمى حداً أعلى بسبب الاتفاق عليه. فيجب أجر المثل على أن لا يتجاوز به الأجر المسمى، الا اذا كان فساد الاجارة ناشئاً عن جهالة الاجرة بسبب عدم تحديدها في العقد، فيجب فيها عندئذ أجر المثل بالغاً ما بلغ (ر: المجلة / ٤٦١ – ٤٦٢).

وهذا بخلاف قيمة المبيع في البيع الفاسد، فانها تثبت ولو تجاوزت الثمن المسمى فيه.

ويعلل فقهاء الحنفية هذا التفريق منهم بين البيع والاجارة الفاسدين بأن الشيء المبيع ذو قيمة بذاته. فتجب في حالة الفساد قيمته المعادلة له مهما بلغت. أما المنافع فهي في الاجتهاد الحنفي غير متقومة في ذاتها وإنما يقومها العقد باتفاقهما لايجوز تجاوزه (ر: البدائع ـ آخر فصل حكم الإجارة: ٤/ ٢١٨) غير أن النظرية الحقيقة في عدم تقوم المنافع بذاتها هي نظرية ضعيفة وهي عرضة للنقد المر في المذاهب الاجتهادية الاخرى التي تعتبر المنافع كالاعيان في التقوم الذاتي، كما سنرى في الجزء الثالث من هذه السلسلة الفقهية (المدخل الى نظرية الالتزام العامة) في بحث العين والمنفعة من فصل الاموال.

وقد كان ينبغي في فساد جميع العقود ان يعتبر في الحقوق الثابتة فيها ما حدده العاقدان، لان فساد العقد لايعدم الرضى بالحقوق المتقابلة المحددة فيه، اللهم الا اذا كان فساد العقد ناشئاً عن جهالة البدل، اوعن الاكراه عند من يرى الاكراه مفسداً للعقد لا موقفاً لحكمه، فعندئذ يجب ان يثبت العوض المعادل في العقد الفاسد بالغاً مابلغ، نظير ماقرروا في فساد الاجارة. =

عقد الشركة (ر : المجلة/١٣٦٨) .

واذا كان رأس المال من أحد الطرفين ، كما في شركة المضاربة ، فالربح لرب المال ، وللمضارب أجر مثل عمله ، على أن لا يتجاوز المقدار المشروط له في العقد (ر : المجلة/١٤٢٦) .

٣٨٠ ـ ملاحظة : في عقد الرهن لا فرق بين صحيح وفاسد

تستوي في نظر فقهائنا نتيجة الفساد والصحة في عقد الرهن .

وهكذا يكون الرهن طرفاً مقابلاً للعقود التي يستوي فيها الفساد والبطلان .

فقد صرحوا بأن الرهن الفاسد تثبت فيه ـ بالنسبة الى الاستدانة التي تمت بسببه ـ أحكام الرهن الصحيح ، من حق احتباس المرهون والامتياز في استيفاء الدين منه ، ولو أن الراهن المستدين فسخ الرهن بمقتضى الفساد . ويكون المرهون في حالة الفساد مضموناً على المرتهن الدائن بما يعادل الدين كما في الرهن الصحيح تماماً ، وذلك على الراجح من الآراء المذهبية . وذلك لأن الراهن المدين لم يتوصل الى الاستدانة إلا على أساس التوثيق بالرهن . فاذا فسخ الراهن الرهن فعليه اعادة

= وقد علمت ان نظرية الفساد بكل مافيها من قواعد واحكام هي اجتهادية حنفية المنشأ فهي أكثر من غيرها قابلية للتعديل بحسب المصلحة أو اختلاف الانظار التي يعود تقديرها للاجتهاد ولولي الأمر استناداً الى رأي الفقهاء الثقات.

الدين قبل استعادة المرهون . وان حق احتباس مال الغير لاستيفاء الحق منه قد يثبت شرعاً في حالات كثيرة دون رهن عقدي ، كالوكيل بالشراء اذا اشترى للموكل ما وكله بشرائه ، فان له احتباسه عن الموكل حتى يؤدي الثمن ، ولو لم يكن الوكيل قد دفع الثمن من ماله ، لأنه عرضة للمطالبة (ر : المجلة ١٤٩٠ ـ ١٤٩١) .

فلم يبق فرق بين صحيح الرهن وفاسده من حيث النتيجة ، في حق الاستدانة التي وقعت بسبب هذا الرهن الفاسد . بخلاف الاستدانة السابقة التي تمت خالية عن الرهن ، ثم رهن شيء في مقابلها رهناً فاسداً فانه لا تثبت له أحكام الرهن الصحيح .

أما الرهن الباطل فانه لا ينعقد أصلاً ، ولا يثبت فيه شيء من أحكام الرهن الصحيح على كل حال[1] .

★ (١) — مثال الرهن الفاسد المخالف لبعض شرائطه الفرعية المتممة : رهن **الحصة الشائعة** في مقابل دين . فان المرهون فيه هو مال محترم قد رهن في مقابل حق مضمون واستوفى شرائطه لأساسية فينعقد . لكن الشيوع يخل بالقبض اللازم فيكون فاسداً (ر : ف/١٢٥) .

ومثال الرهن الباطل المخالف لبعض شرائطه الاساسية : مالو كان الراهن غير ذي أهلية كالمجنون ، أو كان المرهون غير قابل للارتهان كالمال الموقوف ، وكذا لو كان الحق المرهون في مقابله غير مضمون ، كالرهن في مقابل الوديعة ، فان الوديعة أمانة لا تضمن بالهلاك عند الوديع دون تعد أو تقصير منه ، فيكون عقد الرهن عبثاً غير مفيد ، اذ لو هلكت الأمانة لا يستوفى شيء من الرهن عنها . (ر : ف / ١٦٩ / والدر المختار ورد المحتار ، آخر كتاب الرهن) .

(ر : الدر المختار ورد المحتار ، آخر كتاب الرهن: ٥/٣٣٨ - ٣٣٩).

ثانياً) — استحقاق الفسخ

٣٨١ — وأما استحقـــاق الفسخ بمقتضى الفساد فهو مقيد بشريطتين :

الأولى) — بقاء المعقود عليه على حاله بعد تنفيذ العقد .

فيمتنع فسخ البيع الفاسد اذا هلك المبيع عند المشتري أو استهلكه أو غير شكله تغييراً يتبدل به اسمه ، كما لو كان قمحاً فطحنه ، أو كان دقيقاً فخبزه . وكذا اذا أحدث فيه زيادة كما لو كان المبيع داراً فعمرها، أو أرضاً فغرس فيها شجراً ، أو كان ثوباً فصبغه .

وامتناع الفسخ في جميع هذه الأحوال وأمثالها يترتب عليه أن تستقر الملكية أو الحكم الذي ثبت بتنفيذ العقد الفاسد .

الثانية) — أن لا يؤدي فسخ العقد الفاسد الى إبطال حقوق قد اكتسبها غير المتعاقدين في المعقود عليه ؛ وإلا كان الحق الناشىء للغير مانعاً شرعياً من فسخ العقد السابق بمقتضى الفساد .

وعلى هذا لو تسلم المشتري المبيع في بيع فاسد حتى اعتبر مالكاً له بالقبض ، ثم باعه أو وهبه أو رهنه بعقد صحيح ، أو وقفه ، امتنع فسخ البيع الأول الفاسد واستقر الحكم[1] الذي ثبت بتنفيذه .(ر: المجلة

---

(١) - وهو انتقال الملكية الى المشتري ، والتزامه بقيمة المبيع .

/٣٧٢/ والدر المختار ورد المحتار في أحكام البيع الفاسد ٤/١٢٥ ـ ١٢٧ و ١٣٠ ـ ١٣١ والبدائع ٥/٣٠٠ ـ ٣٠٢) .

وغاية الفقهاء من منع الفسخ رغم الفساد عند عدم توافر هاتين الشريطتين إنما هي الحرص على استقرار التعامل ، وصيانة الحقوق المكتسبة .

٣٨٢ - لمن تكون سلطة الفسخ في العقد الفاسد ؟

وسلطة الفسخ تثبت لكل من العاقدين ، شريطة أن يكون بمحضر الآخر مهما كان سبب الفساد في نظر أبي حنيفة . وكذا للقاضي هذه السلطة (ر : ف/٣٧٧/ والبدائع ٥/٣٠١) .

لكن ذهب صاحبه الامام محمد الى أن الفساد اذا كان ناشئاً عن شرط مفسد مشروط لمصلحة أحد الطرفين على الآخر فحق الفسخ ينحصر بالطرف الذي كان الشرط المفسد مشروطاً لمصلحته ، لأنه هو القادر على تصحيح العقد بحذف الشرط ، فلو ساغ للآخر الفسخ لأبطل حقه في التصحيح وتثبيت العقد (ر : البدائع ٥/٣٠٠) .

٣٨٣ ـ يقول الأستاذ شفيق شحاتة في بحثه عن الفساد ما خلاصته :

« ان القول بانتقال الملك الى المشتري بالقبض في البيع الفاسد هو تصوير حنفي بحت ، وهو جوهر نظرية الفساد . وان المقصود

منها في الواقع حماية حقوق الغير ، فلا يصح الاحتجاج بفساد العقد تجاه هذا الغير ، وليس لمالك الشيء الذي خرج من ملكه بعقد فاسد ان يسترده اذا تداولته الأيدي ؛ اذ لو صح لهذلك لتزعزعت العلاقات التعاقدية .

فأسباب الفساد كثيرة ، وليس في الفقه الاسلامي طرق لشهر التصرفات[1] ، فيبقى الغير جاهلاً لعيوب ملكية من نقل اليه الملك ، فاذا اشترى كان ملكه متقلقلا، لهذا أوجد الفقهاء قاعدة عظيمة الفائدة ، يمكن بواسطتها الاستغناء عن طرق الشهر، ذلك انهم اعتبروا التصرف في العين يطهرها من العيوب التي تشوب ملك المتصرف .

ولكن كيف يتيسر لشخص تمليك أكثر مما يملك هو ؟

يظهر ان هذا الاشكال دعا الفقهاء الى تصور انتقال الملك الى المشتري بقبض العين المبيعة في البيع الفاسد ، وان له ان ينقل ملكيتها الى غيره أو يرهنها وعندئذ لا يستطيع المالك[2] في هذه الأحوال ان يستردها من الغير . بل له فقط مطالبة المشتري الاول بالعوض ، وهو قيمة الشيء المبيع » .

---

(١) – **أقول**: بل ليس في الفقه الاجنبي الحديث أيضاً طرق لشهر التصرف في الأموال المنقولة بحيث يعلمه من يشاء ، بل لا يمكن ذلك في المنقولات . ولذا اقتصرت طرق الشهر القانوني اليوم على التصرفات العقارية بتسجيلها في صحيفة العقار من السجل العقاري ، لامكان ان يكون لكل عقار سجل ، بخلاف المنقولات .

(٢) – المراد بالمالك هنا البائع في البيع الفاسد الاول ، وذلك باعتبار ما كان ، لأن ملكيته قد انتقلت .

ر : رسالة « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية » للأستاذ شفيق شحاتة : ف/١٧٢ ـ ١٧٣) .

وهذا كلام جيد وفهم سديد في نظرية الفساد[1] .

★ (١) -- يرى الاستاذ شفيق شحاتة آراء أخرى في تحليل نظرية الفساد لا نقره عليها ؛ فمن ذلك انه يرى :

« ان الفساد هو في الحقيقة بطلان ، وان العقد الفاسد هو = في الواقع باطل لا أثر له فيا بين العاقدين لأن الفقهاء قد نصوا على ان الكفيل، اذا دفع بمقتضى عقد كفالة فاسد، ان يسترد ما دفعه الخ . .

وتنفيذ العقد الفاسد لا يزيل الفساد .

واما قول الفقهاء: «ان القبض ينقل الملكية في البيع الفاسد» فليس الا مجرد تصوير يقصد بـه تصحيح تصرف المشتري في العين المبيعة ، فتتحقق بذلك حماية حق الغير .

ومما يؤيد عدم انتقال الملك الى المشتري في البيع الفاسد ان العقار المبيع لا يؤخذ بالشفعة رغم حصول القبض » اهـ .

(الرسالة المذكورة : ف / ١٦٩ - ١٧٠ / بتلخيص)

اقول : يتضح بعد ما اسلفناه من مباحث الفساد المؤيدة بالنصوص ان هذا النظر من الاستاذ شفيق شحاتة غير مستقيم للاسباب التالية :

١ - ان الفساد ، كما أوضحنا ، هو مرتبة ثالثة بين الصحة والبطلان (ر : البدائع ٥ / ٢٩٩) فالعقد الفاسد منعقد لا يمكن أن يعتبر باطلاً ، ولا فيما بين المتعاقدين . كيف ونصوص الفقهاء تصرح بأن العقد الفاسد منعقد ، والباطل غير منعقد ! ؟

٢ - ان الكفالة من التصرفات التي لا يميز فيها بين فاسد وباطل. ففسادها في اصطلاحهم بمعنى البطلان ، كما قد بيناه سابقاً (ر : ف / ٣٦٨) =

٣٨٤ — الفساد لا يرتفع بالاجازة :

هذا ، ويجب أن يلحظ أن فساد العقد كبطلانه لا يرتفع بإجازة أحد العاقدين أو كليهما ، لأنه ناشيء عن مخالفة نظام العقد ، وليس لأحد أن يقر هذه المخالفة . بل يبقى العقد الفاسد مستحقاً للفسخ ولو أجازه المتعاقدان .

ولكن الفساد يمكن أن يزول بإزالة سببه ، كما لو كان الفساد لشرط ممنوع مفسد فتخلى الطرفان عن الشرط في مجلس العقد . وكذا لو كان الفساد لجهالة أحد العوضين في البيع ، أو لجهالة نسبة الأرباح في الشركة ، فعين الطرفان العوض أو الربح المجهول . فعندئذ يزول

= ٣ — اذا كان تنفيذ العقد الفاسد لايزيل فساده، فهذا لايستلزم ان يكون باطلاً بين المتعاقدين فان مقتضى الفساد هو استحقاق العقد للفسخ، وهذا لايمنع بالتنفيذ ، بل يمنعه تعلق حق للغير في المعقود عليه .

٤ ان العقار المبيع بيعاً فاسداً لا يؤخذ بالشفعة من المشتري لا لعدم انتقال ملكيته اليه بالقبض ، بل لأن ملكيته فيه عرضة للانتقاض بفسخ البيع للفساد. فبائعه لم ينقطع حقه في استرداده. حتى انه اذا امتنع الفسخ بأحد موانعه التي بيناها يحق عندئذ للشفيع من جار أو شريك ان يأخذ بالشفعة . وبذلك صرح الفقهاء في تعليل هذه المسألة (ر : مرشد الحيران : م/١٠٦ و ١١٥ .

بل لقد صرحوا بأن مشتري العقار في البيع الفاسد يصبح هو شفيعاً فيما بيع بجانبه بمقتضى انه اصبح مالكاً، ولو ان ملكيته في العقار الاول المشفوع به هي عرضة للفسخ بحكم الفساد !!

(ر : رد المحتار باب البيع الفاسد ٤/١٢٤ — ١٢٥)

الفساد وينقلب العقد صحيحاً ؛ فان من القواعد المقررة أنه : « اذا زال المانع عاد الممنوع » (ر : ف/١٤٣) .

٣٨٥ ــ هذه هي نظرية الفساد في الفقه الاسلامي مفصلاً فيها مبناه النظري وأسبابه ونتائجه . وهي ترينا أن الفساد في المؤيدات المدنية مرتبة ثالثة بين مرتبتي الصحة والبطلان يكون العقد معها منعقداً مختلاً ، فيستحق الفسخ . وتثبت له قبل الفسخ آثار بصورة تختلف عما في حال الصحة (ر : البدائع ٥/٢٩٩ وما بعدها) .

٢/٣٨٥ - ترتيب أحوال العقد بحسب أنواع المؤيدات المدنية :

يجب أن يلحظ في أحوال العقد بحسب تلك المؤيدات المدنية جميعها الترتيب التالي :

ــ العقد : إما منعقد ، وإما باطل

ــ والمنعقد : إما صحيح ، وإما فاسد .

ــ والصحيح : إما نافذ ، وإما متوقف[1] ، أو موقوف .

ــ والنافذ : إما لازم ، وإما مخير ، أو غير لازم .

(ر : المجلة /١٠٥ ـ ١١٥ ورد المحتار ٤/١٠٠) .

---

(١) ــ العقد النافذ : هو ما لا يتوقف على اجازة غير العاقدين لعدم تعلق حق فيه لأحد غيرهما . والعقد المتوقف : هو ما يحتاج الى اجازة من غير العاقدين لمساسه بحقه ، كما تقدم في بحث الآثار العامة للعقد في نظرية العقود . (ر: ف/١٩٤) .

ويجب الانتباه الى هذا التقابل بين أسماء هذه الأحوال وأسماء المؤيدات المقابلة لها في اصطلاح الفقهاء :

ـ فالانعقاد يقابله : البطلان .

ـ والصحة يقابلها : الفساد .

ـ والنفاذ يقابله : التوقف .

ـ واللزوم يقابله التخيير ، أو عدم اللزوم .

ولا يجوز استعمال أحد هذه الألفاظ في غير موقعها ، ولا مقابلتها بغير ما يقابلها لما يترتب على ذلك من خلط وإيهام ، لاختلاف كل حالة عن الأخرى في المفهوم والأحكام .

(٧) ـ موقف القانون من الفساد

٣٨٦ ـ الفقه القانوني لم يعرف نظرية الفساد التي أسسها الاجتهاد الاسلامي مثلما عرف نظرية البطلان كما سنرى .

والاجتهاد الحنفي الذي جاء بنظرية الفساد ، وكان عليه قضاء الدولة العثمانية ، قد كان من الاجتهادات التي ضيقت من حرية سلطان الارادة في الشروط العقدية ، وان كان يعتبر متوسطاً بالنسبة الى غيره كما تقدم (ف/٢١٩ و ٢٤٩ وما بعدها) .

ومن ثم كان الشرط الذي لا يجوز اشتراطه في العقد يعتبر مفسداً للعقد .

ولما كانت هذه الشروط كثيرة أصبحت حوادث الفساد في العقود كثيرة أيضاً .

وفي أواخر العهد العثماني اتسعت في الدولة التجارة الخارجية مع أوروبة . وتطورت أيضاً أساليب التجارة الداخلية والصنائع. وتولدت في العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة ، كامتياز المؤلف والمخترع وكل ذي أثر فني جديد في استثمار كتابه أو مخترعاته أو آثاره الفنية ، مما سمي بالملكية الأدبية والصناعية . واحتاج أصحاب هذه الحقوق والامتيازات الى بيعها والتنازل عنها لغيرهم من القادرين على استثمارها . وظهرت في التجارة الخارجية أيضاً حاجة قوية الى عقود التأمين التي عرفت باسم (السوكرة)[1] لضمان الأخطار على البضائع المشحونة ولا سيما في النقل البحري ، واتسع مجال عقود الاستصناع في التعامل بطريق الايصاء على المصنوعات مع المعامل والمصانع الأجنبية . وكذا عقود التعهد بتقديم اللوازم والأرزاق والمواد الأولية الى الدوائر الحكومية والشركات والمعامل والمدارس ، مما سمي « عقود التوريد » . وكل ذلك يعتمد على المشارطات في شتى صورها .

وقد ازدادت أيضاً قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية . فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها

---

(١) – انظر ما تقدم (ف ٢٨٩ / ٢) .

المشروطة مضراً بالطرف الآخر في وقته وماله أكثر مما قبل .

فلو أن متعهداً بتقديم المواد الصناعية الى صاحب معمل تأخر عن تسليمها إليه في الموعد المضروب لتعطل العمل وعماله . ولو أن بائع بضاعة لتاجر تأخر في تسليمها حتى هبط سعرها لتضرر التاجر المشتري بخسارة قد تكون فادحة . وكذا تأخر الصانع عن القيام بعمله في وقته ، وكل متعاقد اذا تأخر أو امتنع عن تنفيذ عقده في موعده .

ولا يعوض هذا الضرر القضاء على الملتزم بتنفيذ التزامه الأصلي ، لأن هذا القضاء إنما يضمن أصل الحق لصاحبه ، وليس فيه جبر لضرر التعطل أو الخسارة ، ذلك الضرر الذي يلحقه من جراء تأخر خصمه عن وفاء الالتزام في حينه تهاوناً منه أو امتناعاً .

وهذا قد ضاعف احتياج الناس الى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه .

ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي : الشرط الجزائي Clause pénale .

وهكذا تضافرت الأسباب والدواعي ، وتمخضت العوامل الزمنية في تطور الحياة الاقتصادية العامة ، فولدت حاجة ملحة الى حرية في أساليب التعاقد أوسع مما كان في قواعد المذهب الحنفي الذي كان هو المذهب المعمول به في قضاء الدولة .

وكانت بعض قواعد نظريتي البطلان والفساد في هذا المذهب بحدودها القديمة ، وخاصة فساد كثير من الشروط العقدية ، حائلاً دون الاستجابة الى هذه الحاجة .

لذلك ظهر الضيق في حرية التعاقد بسبب الفساد في الشروط وما تفرضه قواعده من قيود ، مع ازدياد حاجة التعامل التجاري والصناعي الى سعة مجال الاشتراط في الحقوق والالتزامات التعاقدية .

٣٨٧ ـ وقد كانت العصبية المذهبية وضيق التفكير الفقهي إذ ذاك حائلين دون التماس العلاج مما في صيدليات المذهب الفقهية الأخرى ومستودعاتها من فقه خصيب ، ونظريات سمحة لا تضيق عن حاجة تشريعية اذا ضاق عنها المذهب الواحد ، فلم تأخذ جمعية المجلة في الشروط العقدية بغير المذهب الحنفي من المذاهب التي وسعت في حرية الشروط العقدية توسعة لم تأت القوانين الحديثة بأكثر منها ، كالمذهب الحنبلي ، ومذهب ابن شبرمة والقاضي شريح ، مما تقدم بيانه في بحث سلطان الارادة من نظرية العقود[1] .

---

(١) ـ وهكذا انقلبت نظرية الفساد مشكلة بعد أن كانت علاجاً فان الاجتهاد الحنفي انما أسس نظرية الفساد لتقيم بها حاجزاً دون تردي العقد في هاوية البطلان كلما خالف نظامه المشروع كما في بعض المذاهب . فميز الاجتهاد الحنفي بين أنواع المخالفات ودرجاتها ، وحصر المخالفات المبطلة في نطاق ضيق . فكانت أصل الفكرة من عبقريات الاجتهاد الحنفي في المنطق الفقهي . وكان=

لذلك شعرت الدولة العثمانية بالحاجة الى وضع نص قانوني جديد يوسع حرية التعاقد ، والشروط العقدية ، وقابلية المحل المعقود عليه ؛ ما دامت المجلة ـــ وهي بمثابة القانون المدني الشرعي العام ـــ لم تحل هذه المشكلة ، لأنها لم تأخذ من غير الاجتهاد الحنفي .

٣٨٨ ـــ لكن الحكومة العثمانية لم تشأ أن تجابه مجلة الأحكام الشرعية بالتعديل المباشر ، فالتجأت الى قانون أصول المحاكات الحقوقية الذي لا صلة له بهذا الموضوع ، فاستبدلت بإحدى مواده الباحثة عن بعض اجراءات المحاكمة (وهي المادة/٦٤) مادة أخرى

= من الجيد فيه ان يعتبر الاشتراط الممنوع مفسداً للعقد المشروع الاصل ، لا مبطلاً . ولكن دائرة هذه الشروط الممنوعة في الاجتهاد الحنفي لا تزال واسعة وحرية المشارطة فيه ضيقة ، رغم انه يعتبر متوسطاً في ذلك بين المذاهب الاخرى التي سلف بيانها في بحث سلطان الارادة .

ومما يلحظ ان الاجتهاد الحنبلي قد شدد جداً في نظرية البطلان ، فاعتبر كل مخالفة للنصوص الآمرة في نظام التعاقد الشرعي ، وكل شرط ممنوع ، سبباً لبطلان العقد . لكنه ضيق دائرة الشروط الممنوعة ففتح لحرية الاشتراط مجالا واسعاً.

أما الاجتهاد الحنفي فقد ضيق نطاق نظرية البطلان بتأسيس نظرية الفساد. لكنه جعل دائرة الشروط الممنوعة واسعة ، فأورث ضيقاً محرجاً في حرية التعاقد.

وكل من الاجتهادين أوجه من ناحية : فلو يؤخذ من الاجتهاد الحنفي نظريته في التمييز بين البطلان والفساد ، ومن الحنبلي نظريته في سلطان الارادة والشروط العقدية ، لكان منها أحكم وأرحب نظام مدني في العقود .

جديدة أزلقتها محلها بقانون صدر في ١٥ جمادى الآخرة سنة ١٣٢٢ ﻫ وقررت فيها المبادىء القانونية الثلاثة التالية :

١) ــ إن كل ما تعورف تداوله من أعيان ومنافع وحقوق يعتبر محلاً صالحاً للتعاقد عليه ، ككل مال متقوم . وكذلك الأشياء التي ستوجد .

٢) ــ إن كل اتفاق أو اشتراط يعتبر ملزماً للمتعاقدين ما لم يكن مخلاً بالآداب العامة ، أو النظام العام ، أو مخالفاً لنص قانوني خاص أو لأحكام القوانين العقارية ، أو لأحكام الأوقاف ، أو لأحكام الأحوال الشخصية ، كالارث والانتقال ، وأهلية العاقدين ، وحقوق الأسرة ، فهذه ست نواح مستثناة تعتبر أحكامها إلزامية لايجوز الاتفاق على خلافها .

٣) ــ إذا اتفق المتعاقدان على النقاط الأصلية - أي النواحي الأساسية - يعتبر العقد تاماً ، ولو لم تذكر النقاط الفرعية . ثم عند الاختلاف في تلك النواحي الفرعية تعينها المحكمة بحسب ماهية القضية.

٣٨٩ ــ (أ) تحليل المبدأ الاول

فالمبدأ الأول من هذه المبادىء قد جاء تعديلاً لبعض أسباب البطلان فيما يتعلق بمحل العقد فانه جاء بتوسيع قابلية المحل للتقويم، وهذه القابلية هي من شرائط الانعقاد العامة ، فجعل في ذلك عرف

الناس هو الأساس في التقويم ، بينما كان أساسه في نظر فقهائنا هو حل الانتفاع شرعاً : فالخمر كانت تعتبر من الأموال غير المتقومة في حق المسلمين ، فلا ينعقد بيعها وشراؤها ، ولا يضمن متلفها[1] ، فأصبحت في حكم هذه المادة مالاً متقوماً ومحلاً صالحاً للتبايع وسائر العقود[2] .

وكذلك الحقوق المجردة كحق الشرب للأراضي ، وحق التعلي والركوب في طوابق البناء ، وكالديون في الذمم ، وكالامتيازات في بعض الحقوق القانونية الحديثة مثل حق الملكية الصناعية ، وحق الملكية الأدبية للمؤلفين في الطبع والنشر ، وامتيازات اصدار الصحف الدورية من جرائد ومجلات ، وأسماء هذه الصحف وأسماء المحلات

(١) — أما في حق غير المسلمين فتعتبر الخمر مالاً متقوماً شرعاً ، فيجوز تعاقدهم عليها . فيضمن المسلم ما أتلفه من الخمر لغير المسلم ، لأن الاسلام أوجب معاملتهم بما يدينون . وهذا من مزيد سماحة الشريعة الاسلامية (ر : رد المحتار : ٤/١٠٤) .

(٢) — بخلاف الحشيش والافيون ونحوهما من المواد المخدرة التي يمنعها القانون بنص خاص ، فانها بقيت غير متقومة بالنظرين الشرعي والقانوني وفقاً للمبدأ الثاني . فلا تنعقد بيوعها ، بل تجب مصادرتها ويعتبر اقتناؤها جريمة يعاقب القانون عليها .

فنظرية عدم التقوم في المال موجودة أيضاً في النظر القانوني ، لكن مبناها فيه هو المنع القانوني من تداول المال ، لا التحريم الشرعي ، وسنرى تفصيل ذلك في فصل الأموال من الجزء الثالث الذي أسميناه « المدخل الى نظرية الالتزام العامة » (انظر ايضاً كتاب « الملكية ونظرية العقد » للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة : ف / ٤) .

التجارية المشتهرة التي يرغب الناس اليوم في شراء أسمائها من أصحابها للاستفادة من شهرتها .

فكل ذلك أصبح بمقتضى هذه المادة القانونية قابلاً للبيع وسائر العقود .

ويلحظ أن معظم ما يتفرع على هذا المبدأ من نتائج هو سهل التخريج على قواعد الفقه الاسلامي ، سوى التعاقد على الخمر ونحوها من المحرمات الشرعية .

٣٩٠ – (ب) تحليل المبدأ الثاني

والمبدأ الثاني تضمن تعديلاً لبعض أسباب البطلان الأخرى ، وبعض أسباب الفساد ، مما يتعلق بحدود سلطان الارادة في إنشاء الحقوق وإسقاطها ، وفقاً للقاعدة القانونية القائلة : ان العقد شريعة المتعاقدين .

١) ـ فبالنظر الى أسباب البطلان نجد أن العقود التي كان يبطلها التعليق على الشرط ، كالبيع والاجارة وسائر المعاوضات والتبرعات ، قد أصبحت قابلة للتعليق ، وفقاً لاتفاق العاقدين كما تقدم في بحث سلطان الارادة العقدية (ر : ف/٢٥٢) .

وكذلك التعاقد على الالتزامات السلبية ، كعدم الارتفاع بالبنيان أمام الجار أكثر من حد معين ، وعدم تشغيل صاحب معمل لعمله ،

وعدم متاجرة أحد التجار بصنف معين من البضائع ، تخفيفاً للمزاحمة الصناعية أو التجارية .

فكل ذلك وأشباهه قد أصبح التعاقد عليه معتبراً وملزماً بعد أن كان باطلاً في قواعد الاجتهاد الحنفي .

٢) — وبالنظر الى أسباب الفساد قد ألغى هذا المبدأ الشرط المفسد، وهو من أسباب الفساد الخاصة بعقود المعاوضات . فجميع الشروط العقدية أصبحت صحيحة ملزمة ، إلا ما كان مخلاً بالنواحي الست المستثناة ، وهي النظام العام ، والآداب العامة الخ...

٣٩١ — وبناء على ذلك أصبح من الجائز قانوناً أن يتفق المتعاقدان في العقود المسماة ، على خلاف ما قرره التشريع والفقه من أحكام في كل عقد منها[1] ما لم يمنع من مخالفته نص قانوني آمر فالأصل في تلك الأحكام التشريعية للعقود أنها غير إلزامية ، وإنما ينظمها التشريع والاجتهاد سلفاً ليعتمد عليها العاقدان ، ويستغنيا بذلك عن تفصيلها في العقد ونتيجة ذلك أنها تثبت بين المتعاقدين ما لم يتفقا في العقد على خلافها (ر : ف ١٩٥/٧ و ٣٢٤ و ٢٩٥) .

فلو اتفق المتبايعان على عدم انتقال ملكية المبيع الى المشتري قبل أداء جميع الثمن المؤجل أو المقسط ، أو على عدم ضمان البائع إذا هلك

---

(١) — مما يسمى : **مقتضى العقد** ، كما تقدم (ر : ف ١٩٥ / ٧) .

المبيع عنده قبل التسليم ، فذلك على ما اتفقا . وقد كان مثـــل هذا الاشتراط مفسداً للعقد في نظر الاجتهاد الحنفي ، لأن الأصل فيه ان أحكام العقود إلزامية ، فاشتراط خلاف مقتضى العقدمفسد له إلا فيما نص على جواز مخالفته .

ومما يدخل أيضاً في شمول هـذا المبدأ التعهد بالضمان المـالي جزاء للنكول أو للتأخر عن تنفيذ الالتزام،مما يسمى في الاصطلاح القانوني الحديث : **الشرط الجزائي** Clause pénale كما تقدم (ف/٣٨٦) .

والشرط الجزائي هذا يتخرج على مذهب القـاضي شريح ، فقـد روي عنه نظيره . كما سلف بيانه (ر : ف/٢٣٤) .

وهذا المبدأ الثاني بجميع نتائجه هو من صميم مبدأ سلطان الارادة . وإذا ضاقت عنـه قواعد المذهب الحنفي وأشبـاهه من الاجتهادات في حدود حرية الشروط العقـدية ، ففي الفقـه الاسلامي متسع له من المذاهب التي أخذت بالنظر الواسع في حرية الاشتراط ، ممـا تقـدم بيانه في البحث عن سلطان الارادة العقدية في الفقه الاسلامي .

٣٩٢ ــ (ج) تحليل المبدأ الثالث

وأما المبدأ الثالث فقد جاء تعديلاً لسبب آخر من أسباب الفساد، وهو الجهالة . فإنه لم يعتبر الجهالة مضرة في تكوين العقد وصحته إذا كانت في ناحية فرعية منه ، وكانت النواحي الأساسية معلومـة متفقاً

عليها منذ التعاقد ، أو اتفق العاقدان على أساس صالح لتحديدها فيما بعد . مثال ذلك ما لو تبايع اثنان واتفقا على أن يكون ثمن المبيع هو سعره في السوق ، أو السعر الذي سيستقر له في ذلك اليوم، أو اشتراه مرابحة بزيادة عشرة في المائة على رأس ماله بحسب قائمة رأس المال التي ستصل الى البائع . فالنواحي الأساسية في كل هذه الأمثلة متفق عليها ، فان المبيع معلوم ، والثمن متفق على مقياس تحديده . فلا ضير من عدم معرفة مبلغ الثمن حين التعاقد .

فهذه الجهالة كانت تعتبر مفسدة للعقد في الاجتهاد الحنفي :ومبطلة له في بعض الاجتهادات الأخرى . ولكن هذا المبدأ الثالث في المادة /٦٤/ المبحوث عنها قد اكتفى لتصحيح العقد بمعلومية النواحي الأساسية إذا اتفق عليها الطرفان . وقد جعل تعيين النواحي الفرعية عند اختلاف المتعاقدين الى المحكمة ، فتعينها بمعرفة الخبراء متخذةً من تلك الأسس المتفق عليها مقياساً لتحديد النواحي الفرعية المختلف عليها .

وهذا المبدأ أيضاً قوي المبنى ، وهو مقبول في قواعد الاجتهاد الحنبلي الذي أقر فقهاؤه البيع بما ينقطع عليه السعر ، كما سلف بيانه في نظرية العقود (ر : ف/٢٣٢) .

أما إذا كانت بعض النواحي الأساسية في العقد مجهولة غير متفق

عليها ولا على أساس صالح لتحديدها فإنها بمقتضى هذا المبدأ تبقى مفسدة للعقد وفقاً للحكم الشرعي في الاجتهاد الحنفي . وذلك كما لو كان المبيع مجهولاً ، أو تبايعا أو تشاركا على أن يتفقا على الثمن أو على نسبة الأرباح فيما بعد، فهذا عقد فاسد بمقتضى المادة /٦٤/ نفسها ، لأنها لم تصحح من العقود المشتملة على جهالة إلا ما كانت الجهالة فيه فرعية ، وكان متفقاً فيه على النواحي الأساسية أو على أساس صالح لتحديدها فيما بعد[١] .

٣٩٣ – موقف القانون المدني السوري الجديد

إن قانوننا المدني السوري الذي صدر ونحن نطبع هذا الكتاب قد أخذه مصدروه عن القانون المدني المصري الجديد الذي نفذ في مصر أيضاً هذا العام ، وهو مستمد من مجموعة قوانين مدنية أجنبية . وسنرى قريباً أن الفقه الأجنبي خلو من نظرية للفساد تقابل نظريتنا الفقهية .

---

(١) ان جمهور رجال القانون لدينا الى اليوم يظنون أن المادة /٦٤/ من قانون الأصول الحقوقية المذكورة قد ألغت نظرية الفساد إلغاء كلياً . وهذا خطأ ، فانها إنما ألغت الفساد بالشرط مطلقاً إلا ما كان مخالفاً لأحكام النظام العام ، وألغت أيضاً الفساد بالجهالة الفرعية . فبقيت الجهالة الأساسية على أصل الحكم الفقهي مفسدة للعقود .

ومن ثم جاء قانوننا المدني (وكذا أصله المصري الجديد) خلواً من كل أثر لنظرية الفساد ، غير أنه قد جاء مؤيداً للمبادىء الثلاثة التي أتتنا بها المادة /٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني السالفة البيان .

أ) ــ فالمادتان /٨٣ و ١٣٢/ من هذا القانون المدني الجديد أقرتا المبدأ الأول المتعلق بتقوم الأموال وقابليتها للتعاقد :

فقد نصت المادة /٨٣/ على أن « كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية » .

ونصت المادة / ١٣٢ / على « جواز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً » فشملت صحة بيع المعدوم الذي سيوجد وما في معناه ، كالثمار قبل مواسمها ، حتى الأجنه في بطون أمهاتها .

ب) ــ والمادتان / ١٤٨ و ١٤٩ / منه تضمنتا المبدأ الثاني بشأن حرية الشروط .

فان المادة /١٤٨/ صرحت بمبدأ « ان العقد شريعة المتعاقدين » .

والمادة /١٤٩/ صرحت بأنه « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ، بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية » .

وقد استثنى القانون المدني أيضاً ما يتعلق بقواعد الإرث والنظام

العـام والآداب العامة من الاتفاقات المخالفة لهـــا . (انظر المواد ١٣٧ و ١٤٦) .

ونظم ـــ في القسم الأخير منه ـــ الأحكام العقارية التي لا يجوز الاتفاق على خلافها ، كما ترك لأحكام الشريعة الإسلامية بقية الأحوال الشخصية من نكاح وطلاق وغيرهما ، سوى ما جاء فيـه من بعض أحكام بشأن أهلية الأشخاص وتسميتهم وموطنهم وما الى ذلك ، فهذه عمد الى تنظيمها في المواد / ٣١ ـ ٥٣ / .

ج) ـــ والمادة ـ ٩٦ ـ منه تضمنت المبدأ الثالث ، فصرحت بأن الاتفاق على جميـع المسائل الجوهرية كاف لتمام العقد . ثم إذا قام اختلاف بين الطرفين على المسائل الفرعية التفصيلية ، فان المحكمة تفصل فيها طبقاً لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف وقواعد العدالة .

وبذلك تكون جميع المبادىء القانونية الثلاثة التي تضمنتها المادة ـ ٦٤ ـ من قانون أصول المحاكمات العثماني قد استوفاها القانون المدني الذي هو المحل الطبيعي لهذه النصوص[1] .

★ (١) – وقد كان المحل المناسب لها في السابق انما هو المجلة التي كانت هي القانون المدني الشرعي ، فان هذه المبادىء الثلاثة هي تعديل لاحكام المجـــلة ولكن الحكومة العثمانية قد دستها دسا في قانون اصول المحاكمات ، كما أشرنا اليه .

٣٩٤ ـ رأينا في نظرية الفساد

وصفوة القول : أن نظرية الفساد في الفقه الإسلامي متينة المبنى وهي في ذاتها من مزاياه القيمة المفيدة التي انفرد بها في نظام المؤيدات التشريعية ، فجعل منها في طريق البطلان محطة نافعة .

وأما الحرج الذي لوحظ في تطبيقها قبل وجود المادة ـ ٦٤ ـ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني فلم يكن ناشئاً من نظرية الفساد نفسها ، بل من ضيق حرية المشارطات العقدية في المذهب الحنفي الذي يرى الأصل في معظم أحكام العقود أنها إلزامية ، فاشتراط خلافها في العقد مفسد له .

على أنه لولا نظرية الفساد لكان مثل هذا الاشتراط مبطلاً للعقد ، كما في بعض المذاهب الأخرى . فنظرية الفساد قد وجدت لتكون فرجاً لا حرجاً . ولكن نظرية الشرط الممنوع المفسد حملت عليها سيئاته . فكان الناس بينهما كمن يجلس في الهواء الطلق البارد فيمرض فالمرض إنما جاءه من البرد المصاحب لا من الهواء الطلق ؛ أو كمن يكثر من علاج نافع له فيؤذيه ، فالذي ضره هو الاكثار لا نوع العلاج ! !

وقد بينا أن نظرية الفساد اجتهادية قابلة لأن يتصرف فيها الاجتهاد بالتعديل في أسباب الفساد وأحكامه بحسب الحاجة والمصلحة التشريعيتين.

ورأينا أيضاً كيف أن تطبيق نظرية الفساد على نظام الدعوى قد كان له أحسن الأثر في الأصول القضائية (ر : ف ـ ٣٦٩) ، حتى ان القضاء الأجنبي لم يستغن عن فكرة التمييز بين دعوى ناقصة محتملة قابلة للتصحيح ، ودعوى باطلة غير مشروعة من أصلها ، فترد رأساً ولا تقبل تصحيحاً ، فقد طبقوا نظرية الفساد في الدعوى عملياً ، وان لم يعرفوها بهذا الاسم .

وقد أفاد قانون حقوق العائلة العثماني لدينا من تطبيق نظرية الفساد في النكاح ، وفقاً لرأي من يميز في النكاح بين فاسد وباطل من حيث الأثر . وان كانا سواء في عدم الانعقاد ، فاعتبر القانون المذكور الزواج المخالف لشرائطه الشرعية والقانونية :

فاسداً — إذا كان يثبت فيه بالدخول نسب للولد وعدة على المرأة رغم عدم انعقاده ، كنكاح المحارم في رأي أبي حنيفة ، والنكاح بلا شهود ، ونكاح من دون السن التي اشترطها القانون .

— وباطلاً إذا كان عديم الأثر كالزنى المحض لا يثبت معه نسب، كزواج المسلمة بغير المسلم .

(ر : قانون حقوق العائلة ، لائحة الأسباب الموجبة عن بطلان النكاح وفساده ، والمواد ـ ٥٢ ـ ٥٨ و ٧٦ منه) .

وهذا تمييز حكيم يفيد في إزالة التناقض النظري في إثبات بعض

أحكام لعقدٍ موصوف بالبطلان ، ويقوم على التوسع في معنى الفاسد بحيث يشمل غير المنعقد . وتكون نقطة الافتراق بينه وبين الباطل هي ثبوت بعض آثار التصرف الصحيح أو عدم ثبوت شيء منها .

فجدير بالتقنين الحديث أن يلتفت الى نظرية الفساد مع التعديل في أسبابه وفقاً لمبدأ سلطان الارادة العقدية ، فيفيد منها كثيراً .

(٨) ــ نظرية البطلان في الفقه الأجنبي

عرض ، ونقد ، ومقارنة بنظريتي البطلان والفساد في الفقه الاسلامي

٣٩٥ ــ نرى من المفيد ـ بعد بحثنا هذا في نظريتي البطلان والفساد في الفقه الاسلامي ـ أن نلم بعرض موجز لنظرية البطلان في الفقه الأجنبي نخلص منها الى مقارنتها بما رأيناه من ذلك في فقهنا الاسلامي ، ويكون هذا ختام البحث في نظرية المؤيدات الشرعية .

٣٩٦ ــ **تقسيم البطلان الى مطلق ونسبي في الفقه الاجنبي**

إن علماء القانون الفرنسي يجعلون بطلان العقود لديهم على نوعين:

البطلان المطلق Nullité absolue .

والبطلان النسبي Nullité relative .

أ) ــ فأما البطلان المطلق فنظريته لديهم متفقة كل الاتفاق مع

نظرية البطلان في الفقه الإسلامي بالفكرة والقواعد والأسباب والنتائج ، حتى لتكاد تكون في أحكامها نسخة طبق الأصل عما في الفقه الاسلامي :

فالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً عندهم أيضاً ، وان وجد فعلا ، هو معدوم اعتباراً : أي غير منعقد . وسبب هذا البطلان فقدان أحد مقومات العقد أو بعض شرائطها . ويترتب على ذلك :

ـــ أن العقد الباطل لا يفيد حكمه وآثاره ، ولا يقبل الاجازة ، ولا يحتاج الى إبطال من قبل الحاكم .

ـــ وإذا تمسك به أحد الطرفين وادعى بطلب تنفيذه فللقاضي من تلقاء نفسه أن يقرر البطلان ويرد الدعوى ، لأن العقد في الواقع معدوم فليس بحجة أمام القضاء . وكذا لكل ذي مصلحة غير الطرفين المتعاقدين ، كالوارث والدائن أن يتمسك بهذا البطلان .

ـــ والدفع بالبطلان المطلق في وجه المدعي لا يسري عليه حكم التقادم . الى غير ذلك مما سلف بيانه في نظرية البطلان .

وهذا التوافق التام في النظرين الفقهيين الاسلامي والأجنبي في هذا الشأن ناشىء فيما نرى عن الاتفاق على فكرة أن الباطل معدوم اعتباراً في نظر التشريع . فالنتائج الاعتبارية للعدم بعد ذلك تصبح لوازم عقلية لا تختلف فيها الأنظار ، إلا في حدود بعض الأمور

المتفرعة الخارجة عن الاعتبار الذاتي في العقد الباطل، وذلك كحدود حماية حق الغير المكتسب بنية حسنة على الشيء بعد العقد الباطل ، مثل حق المرتهن من المشتري شراء باطلاً .

(ر : الموجز في الالتزامات للأستاذ السنهوري : ف ١٦٥ ـ ١٧٩) .

٣٩٧ ـ أما البطلان النسبي في الفقه الأجنبي فهو أن ينعقد العقد على حالة من حالات شوائب الارادة العقدية التي تسمى : « عيوب الرضى » كالتدليس والغلط والاكراه . وكذا حالة نقص الأهلية ، كما في عقد الصغير المميز . فيكون كل ذلك سبباً لاتصاف العقد عندهم بهذا البطلان النسبي .

فالعقد هنا في حالة البطلان النسبي منعقد صحيح وموجب لجميع وجائبه الالتزامية بين العاقدين في نظر التشريع، ولكنه قابل للإبطال بين العاقدين ما لم يمس هذا الابطال حقاً قد اكتسبه غيرهما في المعقود عليه.

والفرق بين البطلانين المطلق والنسبي لديهم هو الفرق نفسه بين البطلان المطلق والصحة ، سوى هذه القابلية للإبطال : فالعقد في حالة البطلان النسبي يبقى صحيحاً نافذ الآثار الى أن يقضي القاضي بإبطاله بناء على طلب الشخص الذي شيبت إرادته بعيب الرضى في ذلك العقد أي بناء على طلب من كان حق الإبطال لحماية رضاه ومصلحته ، كالمشتري المدلس عليه . والعقد بعد ذلك قابل للاجازة ، فينبرم نهائياً

بإجازته . ويسقط حقه في إبطاله ، ولو كانت إجازته ضمنية كما لو قام بتنفيذ العقد طوعاً بعد علمه بسبب البطلان .

أما الطرف الآخر فليس له حق الإبطال لأن العقد في حقه لازم . وكذا ليس للقاضي ، عند الادعاء لديه بتنفيذ العقد ، أن يقرر الابطال من تلقاء نفسه دون طلب صاحب المصلحة ، ككل حق خاص لانسان لا يقضى به دون طلب صاحبه ومن ثم سمي البطلان : نسبياً لأنه مفروض بالنسبة إلى أحد الطرفين المتعاقدين .

وذلك بخلاف حالة البطلان المطلق : فان العقد فيها معدوم في الواقع الاعتباري لا يحتج به . فاذا أريد تنفيذه فلكل من يضره التنفيذ أن يتمسك بالبطلان . وللقاضي أن يقرره من تلقاء نفسه كما تقدم .

(ر: «الموجز في نظرية الالتزامات» للأستاذ السنهوري: ف١٦٣ـ١٦٦ وكولان وكابيتان droit civil francais ج٢ ف ٢٥٩ ـ ٢٦٠) .

٣٩٨ ـ نقد هذا التقسيم الاجنبي

يتضح من ذلك أن البطلان النسبي في الفقه الأجنبي ليس فيه من معنى البطلان شيء لا كثير ولا قليل . بل ليس لحقيقة البطلان فيه ظل . وكل ما فيه إنما هي قابلية الابطال annulabilité الممنوحة قانوناً لأحد الطرفين صيانة لحقه الخاص .

ومن الواضح أن مجرد قابلية الابطال شيء والبطلان شيء آخر .

فلا يجوز أَن يوصف العقد هنا بالبطلان ولو نسبياً ، لأن العقد القابل للابطال صيانة لحق خاص هو عقد قائم كامل الوجود ، معتبر من كل الوجوه ، منتج لجميع أَحكامه . أَما قابليته للابطال حماية لأحد الطرفين وصيانة لحقه الخاص فإنما تسلبه قوته الالزامية فقط ، ولا تسمه بالبطلان فقط .

أفلا يرى أن قابلية الابطال للعقد الملزم قد تثبت لأحد الطرفين أو لكليهما بالشرط ، كما اذا اشترط أُحد المتبايعين حق إلغاء البيع الى مدة معينة ، فانه يثبت له هذا الحق [1] ويكون البيع قابلاً للالغاء بارادة المشترط دون توقف على قضاء القاضي بالالغاء ، ومع ذلك يعتبر العقد قبل إلغائه صحيحاً من كل وجه . وليس مقبولا في المنطق الحقوقي وصفه بأي لون من ألوان البطلان . ولم يعد الفقه الاجنبي هذه الحالة من صور البطلان النسبي رغم قابلية الابطال القائمة في العقد بمقتضى الشرط .

فأي فرق بين سلب القوة الالزامية عن العقد بمقتضى الشرط ، وبين سلبها بحكم الشرع لشائبةمفروضةتقديرا فيرضى أحد الطرفين ،

---

(١) – وهذا يسمى في فقهنا : « خيار الشرط » ، كما تقدم في مناسبات عديدة (ر : ف /١١/ ثامنا) وفي اصطلاح الفقه الاجنبي يدخل هذا فيما يسمونه : « شرطاً فاسخاً » (ر : ف /٢٥٧) .

كي يفسح له المجال أن يقرر رضاه بالعقد او يرفضه إن شاء .

٣٩٩ ـ يتضح مما سلف أن البطلان ، بالتعبير الصحيح ، لايكون إلا نوعاً واحداً هو البطلان المطلق ، وأن الحالات التي يسمونها البطلان النسبي ، ليست من معنى البطلان في شيء .

فهذه الحالات بعضها ، وهو الناشىء عن نقص الاهلية يعتبر في نظر فقهائنا من قبيل التوقف وعدم النفاذ ، فيسمى العقد معه: موقوفاً، كما في بيع الصغير المميز فانه موقوف على اجازة وليه او وصيه (ر ف ١٩٤/٣)، وكذا عقد المستكره (في أحد الآراء الفقهية) فانه متوقف الأثر على اجازته له بعد زوال الاكراه عنه (ر : ف/١٨٥ و ٣٧٥) .

أما باقي الحالات الناشئة عن سائر عيوب الرضى فتعتبر من قبيل سلب اللزوم عن العقود اللازمة : أي من قبيل التخيير الثابت في حالات عيوب الرضى للعاقد الذي شيب فيها رضاه .

والعقد في هذه الحالات يوصف بانه : مسلوب اللزوم : أي قابل للابطال بارادة الطرف المتضرر الذي شيب رضاه . فيصبح هذا الطرف مخيراً بين الابطال والامضاء ، كما قدمناه في بحث الالزام من نظرية العقود (ف/٢٠٣ — ٢٠٨) .

وقد قرر فقهاؤنا قديماً في حالات سلب اللزوم جميع الاحكام التي قررها الفقه الأجنبي الحديث فيما يسميه : البطلان النسبي .

أما الفقه الأجنبي فقد خلط في ذلك بين عدم النفاذ وسلب اللزوم، ثم زج الحالتين في نظرية البطلان فأصبح التعبير بالبطلان النسبي عن هذه الحالات يتجلى فيه خداع العناوين !! فاذا عرف القارىء ماتحته من حالات يتبين فيه سوء التسمية واختلاط الفكرة .

وقد كان فقهاؤنا في هذه التقاسيم أدق نظراً وتميزاً ، وأصح لغة واصطلاحاً [1] .

٤٠٠ ـــ اختلاف مايسمونه « البطلان النسبي » عن الفساد

بعد ما سلف بيانه نخلص الى القول بأن نظرية الفساد في فقهنا الاسلامي ليس لها مقابل أصلا في الفقه الاجنبي . فالبطلان النسبي عندهم لا يقابل الفساد عندنا . وإنما يقابل حالات سلب لزوم العقد كما أشرنا اليه . وهو يختلف عن الفساد في الغاية والأحكام [2] :

---

(١) ـ يلحظ ان القانون المدني السوري ، تبعالاصله المصري الجديد ، قد استعمل فيه لفظ **قابلية الابطال** ترجمة حرفية لكلمة : annulablitè بدلا من **البطلان النسبي** رغم ان القانونين يعتمدان في الدرجة الاولى الفقه الفرنسي الذي تبنى في الاصل تلك التسمية القانونية الخاطئة .

وقد اشار الاستاذ جمال العطيفي في حواشيه على المذكرة الايضاحيه للاصل المصري تحت المواد/١٣٨ -١٤١/ الى هذا العدول في التسمية عمداً في المشروع النهائي للقانون . فكأنما لوحظ ذلك الخطأ في اسم « **البطلان النسبي** » فعدل عنه .

(٢) – يقول الاستاذ الدكتور شفيق شحاتة : =

أ) ــ فمن حيث الغاية التشريعية يختلفان اختلافاً أساسياً ، لأن نظرية الفساد انما هي مؤيد حام للنظام الشرعي في التعاقد يقصد به تقسيم طريق البطلان ، وايجادمرتبة ثالثةبينه وبين الصحة يقف عندها العقد المخالف لنظامه ، وذلك للتمييز بين المخالفة الجوهرية الموجبة للبطلان كفقدان ركن العقد ، وبين المخالفة الفرعية كجهالة مفضية الى نزاع مشكل ، على ماسلف بيانه .

قال الامام الكاساني في البدائع ٥/ ٢٩٩ :

« الفاسد عندنا قسم آخر وراء الجائز والباطل » ا هـ .

أما البطلان النسبي في الاصطلاح الاجنبي ــ اوسلب لزوم العقد في اصطلاحنا ــ فليس مرتبة ثالثة بين الصحةوالبطلان[1] ، وانماهو

= « ان هذه التفرقة الهامة - بين البطلان والفساد - هي من مميزات الفقه الحنفي ، وهي تختلف اختلافاً تاماً عما هو معروف في القوانين الحديثة بالبطلان النسبي » .

(رسالة « النظرية العامةللالتزامات في الشريعةالاسلامية » ف/ ١٦٣) .

(١) ـ جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المصري الجديد عن قابلية العقد للابطال في الحالات التي تسمى بالبطلان النسبي :

« ان هذه القابلية يكون العقد فيها مرحلتان فقط : مرحلة الصحة المنتجة لجميع آثار العقد ، ودلك قبل ابطاله ، ومرحلة البطلان الماحي لآثار العقد من وقت نشوئه ، وذلك بعد ابطاله . فليس ثمة مراحل ثلاث : الصحة ، وقابلية البطلان ، والبطلان » .=

حق في ابطال العقد الصحيح ممنوح لأحد العاقدين حماية له من ضرر محتمل لم يتحقق رضاه به . وهو موجود في فقهنا الى جانب نظرية الفساد تحت اسم سلب اللزوم ، كما بيناه . فهو مؤيد لحماية حق خاص ، لا للنظام التشريعي العام كما في نظرية الفساد .

فالفساد بالجهالة المفسدة مثلا لا يقصد به حماية أحد العاقدين ، بل حماية نظام التعاقد الذي يوجب معلومية محل الالتزام وسائر النواحي التي يتوقف عليها تنفيذه ضمن حدود الارادات المنشئة له .

ب) ــ ومن حيث الاحكام قد رأينا أن الفساد لا يزول باجازة الطرفين عند فقهائنا ، بل يبقى العقد مستحقاً للفسخ ، ويجوز لكل من الطرفين أن يتمسك بالفساد فيفسخ العقد ، كما يفسخه القاضي أيضاً دون طلب .

وحكم العقد الفاسد : أي أثره ، يتأخر فلا يثبت إلا بالتنفيذ .

والعوض الواجب بالتنفيذ إنما هو العوض المعادل أي القيمة أو أَجر المثل ، لا العوض المسمى في العقد الفاسد كما تقدم (ر : ف/٣٧٨ ــ ٣٧٩ / و / ٣٨١ ــ ٣٨٤) .

أما البطلان النسبي في الفقه الأجنبي فنتائجه بعكس ذلك كله كما رأينا.

= (ر : التقنين المدني المصري ، للاستاذ جمال الدين العطيفي تحت المواد / ١٣٧ - ١٤١) .

الباب الرابع

نظرية الاهلية ، والولاية

٤٠١ — ينقسم الكلام في نظرية الاهلية والولاية الى فصول ثلاثة:

الأول — في مبنى الاهلية ، وتعريفها ، وانواعها ، ومراحلها .

والثاني — في عوارض الاهلية .

والثالث — في الولاية الشرعية التي يستلزمها قصور الاهلية .

الفصل الأول

مبنى الاهلية ، وتعريفها وأنواعها ، ومراحلها

الفرع الأول

مبنى الأهلية ، وتعريفها

أولا) — مبنى الاهلية

٤٠٢ — رأينا في بحث شرائط الانعقاد العامة من نظرية العقود أن من تلك الشرائط أهلية العاقد للعقد (ف/١٦٥) .

ورأينا في بحث البطلان من نظرية المؤيدات أن من جملة أسباب بطلان العقد كون العاقد عديم الاهلية اللازمة للانعقاد، كالمجنون والصغير غير المميز (ف/ ٣٤٧).

وجميع الأفعال والتصرفات التي تجري فيها صحةوبطلان كالادعاء بالحق أمام القضاء، وكالاقرار بحق، وكالشهادة على الحق، كل ذلك لابد فيه من أن يكون الشخص أهلاً لممارسة هذه الافعال والتصرفات وإلا كانت باطلة غير معتبرة ، لأن من شرائط صحتها الاهلية.

وكذلك العبادات الدينية من صلاة وصيام وغيرهما، فانها تعتمد في الشخص نوعين من الاهلية:

ـــ أهلية لتصح منه هذه العبادات ولو كان غير مكلف بها ، فان العبادات قد تنعقد وتصح من الصغير غير المكلف.

ـــ وأهلية لتجب عليه هذه العبادات، فيصبح مكلفاً بها مسؤولاً عن تركها.

وكذلك عقوبات الجنايات ، فانها يشترط لاستحقاقها شرعاً وقانوناً أن يكون الجاني أهلاً لتوجيه هذه التبعة الجزائية عليه تأديباً له وزجراً لغيره. فان لم يكن الجاني ذا أهلية للمسؤولية الجزائية، كالمجنون والصغير، فانه لا يستحق العقوبة.

وهكذا نجد الاهلية مطلوبة في كل خطوة يخطوها الانسان في أفعاله وتصرفاته التي تعتمد نتائجها صفات مخصوصة في الفاعل المتصرف.

٤٠٣ — من هذه الملاحظات يتجلى لنا مبنى الأهلية، فنرى من خلالها:

أ) — ان الأهلية تقوم على أساس من ضرورة اتصاف الشخص بالصفات التي يقدر الشارع لزوم وجودها فيه ليمكن ثبوت الأحكام الشرعية في حقه، ولتصح منه التصرفات وتترتب نتائجها .

ب) — وأن هذه الصفات المطلوبة تكون في كل موضوع بحسب ما يناسبه .

وقد يشترط في الشخص لبعض الأفعال أو التصرفات أهلية بحدود تختلف عما يشترط في أفعال أو تصرفات أخرى . فالأهلية التي تشترط في الشخص لصحة قبوله ما يوهب له من غيره تختلف عن الأهلية التي تشترط لكي تصح منه هبته وسائر تبرعاته[1] .

فما هي هذه الأهلية بمعناها العام في الاعتبار التشريعي واصطلاحه؟ ثم ما هي أنواعها وآثارها . هذا ما سنراه فيما يلي :

ثانياً) — تعريف الأهلية

٤٠٤ — الأهلية من خصائص الأشخاص. وهي في اللغة تستعمل بمعنى الجدارة والكفاية لأمر من الأمور ، يقال : فلان أهل للرئاسة:

---

(١) - سنرى أن أهلية الشخص لصحة قبول الهبة يكفي فيها أن يكون مميزاً : أي واعياً . أما أهليته لأن يهب أو يتبرع فيشترط فيها أن يكون بالغاً راشداً ، لأن الهبة ضرر مالي محض في حقه (ر : ف/٤٣٢ و ٤٣٤) .

أي هو جدير بها ، وفلان أهل للعظائم : أي هو كفيٌّ لها .

وفي الاصطلاح الفقهي يمكن تعريف الأهلية في مفهومها العام الشامل بأنها :

صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعي .

٤٠٥ ــ تحليل التعريف

١) ــ أهليات الأشخاص صفات تكاملية ، لأنها بحسب الايضاح السالف البيان هي مراحل التكامل الانساني ، جسماً وعقلاً[١]. فبهذا التكامل التدريجي يتهيأ الشخص أولاً لثبوت الحقوق له ، ثم لثبوت الحقوق عليه ، ثم لصحة بعض التصرفات والمعاملات ، ثم في النهاية يتهيأ للمسؤولية عن الاخلال بكل مايوجبه التشريع ، وعن الالتزامات التي يلتزمها بإرادته ويتعهد بها، إذ تكمل أهليته بوصوله الى مرحلة الرشد.

فهذا التكامل الانساني الذي يتبعه كالظل تكامل الأهلية التدريجي

(١) ــ للأهلية بمعناها العام في نظر الفقه الاسلامي علاقة بالتكامل الجسمي لا بالعقلي فقط ، لأن الاسلام تكاليف دينية عملية تتطلب القدرة البدنية الى جانب الوعي العقلي ؛ كالعبادات بأنواعها من صلاة وصيام وغيرهما ، وكسائر الواجبات العملية الكفائية كالجهاد مثلاً . فلا يتوجه التكليف الشرعي بشيء من ذلك على أحد إلا إذا كان متمتعاً بالقدرة الجسمية الى جانب العنصر العقلي ، ليكون أهلاً لتحمل التكليف .

إنما هو كفاية ولياقة : أي انه صفة وقابلية في الشخص ، كما جاء في التعريف تنمو وتتسع تدريجياً كسائر مواهبه الفطرية ومداركه .

٢) ــ وهذه القابلية إنما يعود الى الشارع نفسه أمر تقديرها وتعيين درجاتها تبعاً لمراحل التكامل في الشخص ، ولسلامته من الآفات ، لأن الشارع هو الحاكم المتكلم على الناس أمراً ونهياً بما يصلحهم ويصون حقوق أفرادهم وجماعتهم بتلك الاحكام التي يشرعها لهم . فإليه يعود تقدير كفاءة كل من الناس لكل من تلك الأحكام ولذا جاء في التعريف أنها : « يقدرها الشارع » .

٣) ــ والمراد بالخطاب التشريعي : الحكم الشرعي ، فهما مترادفان في اصطلاح علم أصول الفقه . فما يشرعه الشارع ، سواء أكان من قسم العبادات الدينية كالصلاة والصيام، أو من قسم الالتزامات والحقوق المدنية كوجوب تنفيذ العقود ، وضمان المتلفات ، وثبوت ملكية الممتلكات عند وجود سبب من أسباب التملك ، ووجوب النفقة بشرائطها بين الأزواج والأقارب ، كل ذلك وأمثاله يسمى : أحكاماً شرعية ، باعتبار أن الشارع قد حكم بها على الناس وأوجب تطبيقها بينهم . ويسمى أيضاً خطاباً تشريعياً ، باعتبار أن الشارع في تشريعه إنما يخاطب الناس بهذه الأحكام آمراً وناهياً ، ويلزمهم بتنفيذها واحترامها (ر : أصول الفقه للخضري ص/٢١/ الطبعة الأولى) .

٤) ـــ وإذا كانت أهلية الانسان مراحل ودرجات بحسب تكامله وسلامته من الآفات الجسمية والعقلية كما أشرنا إليه آنفاً ، وهو في كل مرحلة أهل لبعض الأحكام أو التبعات دون بعض ، لذلك أوردنا في تعريف الأهلية بمفهومها العام لفظ الخطاب التشريعي بالتنكير ليشمل أدنى الأهليات لأقل الأحكام ، كأهلية الجنين على ما سنرى .

الفرع الثاني

أنواع الأهليـة

٤٠٦ ـــ إن الأهلية بمعناها العام الشامل المشروح تنقسم إلى نوعين أساسيين هما **أهلية الوجوب** ، و**أهلية الأداء** .

وسنشرح فيما يلي هذين النوعين ، كما نقسم أفعال الناس الى أنواع بحسب ارتباط كل نوع من أفعالهم بأحد نوعي الأهلية :

أولاً) ـــ أهلية الوجوب

٤٠٧ ـــ فأهلية الوجوب هي : **صلاحية الشخص للإلزام والالتزام** .

والمراد بالالزام : ثبوت الحقـوق له . وذلك كاستحقاقـه قيمة

المتلفات من أمواله على من يتلفها ، وكانتقال الملكية له فيما يشتريه أو ما يقترضه ، وكوجوب نفقته على غيره إن كان هو فقيراً عاجزاً .

والمراد بالالتزام : ثبوت الحقوق عليه ، كالتزامه بأداء ثمن المبيع وبدل القرض من ماله ، وكالتزامه بنفقة من تجب عليه نفقتهم من أقاربه الفقراء العاجزين إن كان هو غنياً ، الخ ...

فكل أهلية يطلبها الشارع في الشخص لأجل نشوء حق له أو ترتب التزام عليه هي أهلية وجوب .

٤٠٨ ــ مناط أهلية الوجوب :

وأهلية الوجوب هذه في نظر الشرع الاسلامي مناطها الصفة الإنسانية ولا علاقة لها بالسن أو العقل أو الرشد ؛ بل كل انسان في أي طور كان أو صفة ، حتى الجنين والمجنون ، يعتبر متمتعاً بأهلية الوجوب هذه ؛ ولكن أهلية الوجوب فيه قد تكون كاملة أو ناقصه :

أ) ــ فاذا كان أهلاً لثبوت بعض الحقوق له فقط وليس بأهل لترتب الالتزامات عليه فهو ذو أهلية وجوب ناقصة ، كالحمل في بطن أمه قبل أن يولد ، كما سيأتي تفصيله .

ب) ــ واذا كان أهلاً فوق ذلك لترتب الالتزامات المالية عليه أيضاً فهو ذو أهلية وجوب كاملة ، كالصغير غير المميز والمجنون على ما يأتي تفصيله .

٤٠٩ ــ عناصر أهلية الوجوب :

فأهلية الوجوب ذات عنصرين :

أ) ـ اولها العنصر المؤهل للدائنية: أي الالزام. وهو يؤهل الشخص لأن يكون دائناً ، بحيث تثبت الحقوق له ، (وان كان غير صالح لأن يثبت عليه حق ما) . ومثاله أهلية الجنين في بطن أمه : وهي أهلية ناقصة كما بينا آنفاً .

ب) ــ وثانيها العنصر المؤهل للمديونية أيضاً : أي الالتزام ، وهو يؤهل الشخص لأن يكون مديناً كما يكون دائناً ، فيمكن أن تثبت الحقوق له وعليه باسبابها المشروعة . وبهذا العنصر الثاني تكمل أهلية الوجوب في الشخص . ومثاله أهلية الانسان بعد ولادته حياً كما سنرى .

٤١٠ ــ أهلية الوجوب ، والذمة :

ان ذلك العنصر الثاني في أهلية الوجوب ، وهو العنصر الذي يؤهل الشخص للمديونية ، يستتبع وجود شيء آخر يقدر شرعاً في شخصية الانسان يسمى : الذِّمة »[1] .

وهذه الذمة هي كوعاء اعتباري يقدر تكونه في الشخص لتثبت فيه الديون وسائر الالتزامات التي تترتب عليه ، لأنه متى أصبح الشخص قابلاً للمديونية احتيج الى تقدير مقر اعتباري في شخصه لاستقرار الديون التي عليه فهذا المقر المقدر هو : الذمة ، وهو المقصود في مثل

---

(١) الذمة بكسر الذال المعجمة وتشديد الميم ، جمعها ذِمم .

قولهم : إن لفلان في ذمة فلان مبلغ كذا من المال .

وسنرى في الجزء الثالث من هذه السلسلة الفقهية تفصيل نظرية الذمة ، والسبب التشريعي الداعي الى تقديرها في الشخص ، ومقارنتها بنظرية الذمة المالية في الفقه الأجنبي .

ثانياً) — أهلية الأداء

٤١١ ـ وأما أهلية الأداء فهي : **صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل .**

وقد قدمنا في بحث البطلان من نظرية المؤيدات الشرعية (ف/٣٤٣) أن الأفعال الحسية ذات الآثار الاعتبارية تتوقف آثارها ونتائجها الشرعية على وجودها الاعتباري في نظر الشارع ، ولا يكفي وجودها الحسي لترتب هذه الآثار . ومن ذلك جميع التصرفات المدنية .

فهذه الأفعال كلها سواء أكانت عبادات دينية كالصلاة والصيام ، أو كانت تصرفات مدنية كالعقود ، لا يمكن إسباغ هذا الاعتبار عليها من الشارع مالم يكن لدى فاعلها من التعقل والادراك نصيب يكون به قادراً على أن يفهم نتائجها إجمالاً : أي أن يتوافر لديه أدنى حد كاف من الفهم لتكون ممارسته لها عن قصد صحيح معتبر .

٤١٢ ـ يتضح من ذلك أن **أهلية الأداء** هذه لاوجود لها في الطفل قبل ان يصير مميزاً قادراً على فهم الخطاب التشريعي إجمالاً ، وعلى

القيام ببعض الأعباء (ر : رسالة الأهلية وعوارضها للاستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك ص / ٤) .

وهذا على خلاف الحال في أهلية الوجوب فانها لايعتريها العدم في الشخص أصلاً ، لما قدمنا من أن هذه الأهلية ملازمة للصفة الانسانية في الوجود ، حتى أنها لتثبت للجنين في بطن أمه وان كانت فيه ناقصة وذلك لأنها ليست أساساً لممارسة الافعال وتحمل مسؤولياتها ونتائجها ، بل أساس لثبوت الحقوق للاشخاص وعليهم . والحمل في بطن أمه قد اتفقت الشرائع الألهية والوضعية على اثبات بعض الحقوق له . فهو اذن متمتع بأهلية وجوب ولو ناقصة كما تقدم .

أما أهلية الأداء فانها أساس لممارسة الأعمال والتصرفات الشرعية كما أوضحنا . وهذه الأعمال والتصرفات تعتمد على قصد الفاعل وارادته ، فلابد في ممارستها من عنصر التمييز والتعقل .

فتبدأ أهلية الأداء في الانسان متى أصبح مميزاً ، ولكنها تكون فيه قاصرة كما سيأتي بيانه . ثم تتم بتمام قدرته جسماً وعقلاً ، وذلك ببلوغه ثم رشده ، فيحمل عندئذ جميع التكاليف الشرعية ويمارس جميع الحقوق .

ثالثاً ـ تقسيم الافعال بالنسبة الى الاهليات

٤١٣ ـ بناء على ماتقدم تنقسم الأفعال التي تصدر عن

الانسان وتترتب عليها آثار ونتائج شرعية ، من حيث علاقتها بالأهلية الى نوعين :

١) ـ أفعال لايشترط في فاعلها العقل بل يرتبط فيها الأثر بمجرد الفعل ارتباطاً مادياً محضاً كارتباط سائر المسببات باسبابها الطبيعية . وذلك كالفعل الضار من حيث سببيته الشرعية لضمان الضرر الحاصل به.

وأمثال هذه الأفعال تعتمد في الفاعل أهلية الوجوب فقط لتحمل نتائجها المالية .

وهذه الأهلية كاملة في الانسان منذ ولادته ، وهو بها صالح للالتزامات عند تحقق أسبابها كما تقدم .

فلو أتلف المجنون أو الطفل غير المميز مالاً لغيره أو أحدث فيه عيباً فانه يضمنه : أي يصبح ملتزماً بتعويض ما أتلف أو عيب .

٢) ـ وأفعال يشترط في فاعلها العقل والتفهم كي يعتد بها وتترتب عليها آثارها ونتائجها الشرعية ، لأن لنتائجها ارتباطاً بالمقاصد والإرادات وواضح أنه لا اعتبار للارادة والقصد بلا عقل وادراك .

وأمثال هذه الأفعال جميعاً تعتمد أهلية الاداء في الفاعل لكي يعتد بها ، من حيث ان لنتائجها ذلك الارتباط بالمقاصد والعقل .

فمن هذا القبيل جميع العقود ، وسائر التصرفات المدنية[1] من قولية وفعلية ، كتسلم المبيع أو قبض الثمن ؛ فانهما لا يصحان من الطفل غير المميز ، وكاحراز المباحات العامة ، فان الطفل غير المميز لا يملك ما يقع في يده منها ،[2] الخ .

ومن هذا القبيل ايضاً جميع العبادات الدينية من صلاة وصيام وحج وغيرها .

ثم ان هذه الافعال من حيث درجة الأهلية المطلوبة فيها نوعان :

(أ) ـ فمنها ما يشترط له كمال أهلية الأداء بأن يكون الفاعل بالغاً راشداً ، وذلك كالتبرعات المالية من هبة ووقف ونحوهما ، لأنها خسارة مالية محضة في حق الفاعل ، فيجب لصحة ممارسته لها أن يكون متمتعاً بكمال اهليته احتياطاً في صيانة أمواله وحقوقه .

ب) ـ ومنها ما يكفي فيه أهلية أداء قاصرة : بأن يكون الفاعل مميزاً : اي واعياً ، كما في العبادات الدينية وبعض العقود والتصرفات المدنية ، فاذا فعلها الصغير المميز تصح منه .

---

(١) ـ المراد بالتصرفات المدنية : التصرفات التي شرعت إما لانشاء حق أو التزام كما في العقود واحراز المباحات ؛ وإما لتنفيذ التزام كما في تسليم المبيع وقبض الثمن .

(٢) ـ بخلاف الصغير المميز ، فانه يملك ما يحرزه من المباحات عن قصد .

(ر : الاشباه والنظائر لابن نجيم في احكام الصبيان : ج٢ص/ ١٤٥) .

وتفصيل ذلك في الفرع الثالث التالي :

الفرع الثالث

مراحل اهلية الانسان بحسب اطوار حياته

٤١٤ - يتبين مما اسلفنا بيانه ان لأهليـة الانسان مراحل تمر بها في طريقها الى التكامل بحسب اطوار حياته : منذ اجتنانه[1] حتى احتلامه فرشده . فالأهلية ترافق حياته كلها ، وتمر في التكامل بأطوار تساير أطواره : فتبدأ أهلية وجوب ناقصة ، ثم تنتهي إلى اهليـة اداء كاملة ، لأن مراحل الأهلية مستمدة اولاً من انسانيته ومايتبعهـا من حقوق ، ثم من مواهبه العقلية وماتورثه من استعدادات.

لكن يلحظ في هذا المقام أن الانسان إذا كانت ملكاته العقليـة ومواهبه تزداد مع نمو جسمه سنة فسنة وشهراً فشهراً ، فان أهليته التي يمنحه إياها الشرع لا تتسع دائرتها كذلك سنة فسنة وشهراً فشهراً ، وإنما تتسع وتنتقل من طور الى طور في المراحل والمحطات الأساسية من أطوار حياة الانسان . ذلك لأن التنقل والتبدل السريع في الأهلية وخصائصها ليس مستحسناً لأنه تضطرب به المعاملات. فوجب، بالنسبة

---

(١) - اي تكونه جنيناً في بطن أمه (ر: القاموس المحيط مادة «عقل»)

إلى الأهليات ، أن لا يعتد بالفوارق اليسيرة في التكامل المستمر الذي تسير فيه مواهب الانسان الناشىء ، وأن لا تنتقل أهليته من حد إلى حد مختلف عنه في الخصائص إلا في المراحل الرئيسية من أطوار نشأته .

٤١٥ — ومن ثم تقسم نشأة الانسان الى خمسة أطوار أساسية:

طور الاجتنان، وطور الطفولة، وطور التمييز، وطور البلوغ، وطور الرشد.

ومراحل التكامل في أهلية الانسان توزع على هذه الأطوار ، بحسب دلائل أحكام الشريعة ، ووفقاً للترتيب التالي :

١) — الطور الأول

طور الاجتنان[1]

٤١٦ — هذا الطور هو الذي يكون فيه الانسان جنيناً : أي حملاً في رحم أمه . وهو يمتد منذ العلوق الى الولادة .

وفي هذا الطور أثبت الفقه للحمل في بطن أمه أهلية وجوب ناقصة تجعله قابلاً للالزام فقط دون الالتزام . فتثبت بعض الحقوق الضرورية له ، ولا يثبت شيء عليه .

---

(١) — الفقهاء والأصوليون في هذا المقام يعبرون بلفظ « الحَمْل » ولا يستعملون لفظ « الاجتنان » .

وقد رجحنا إحياء هذا اللفظ المشتق اشتقاقاً مباشراً من « الجنين » ، وان نستعمله في موقعه هنا لما يمتاز به من حسن الدلالة على الطور الطبيعي مع غاية الإيجاز . فهو أفضل من لفظ « الحمل » الذي معناه الجنين نفسه لا طوره .

ويعلل الفقهاء والأصوليون ذلك بأن الجنين ليس له وجود مستقل من كل وجه ، بل يشبه أن يكون جزءاً من أمه كأنه عضو من أعضائها تابع لها ، ولذا لو بيعت دابة حامل دخل حملها في البيع دون تصريح به . وهو من وجه آخر يمكن أن يعتبر مستقلاً عن أمه لأن له حياة خاصة ، وهو يتهيأ لأن ينفصل عنها بعد حين ويصبح إنساناً مستقلاً[1].

فلذا اقتصرت أهلية الحمل على الحقوق الضرورية له ، ولا سيما أنه ربما لا يخرج إلى الدنيا حياً ، فلا حاجة إلى التوسع في منحه حقوقاً وربطه بالتزامات تكون كلها عرضة للانتقاض إذا لم يكتب له استمرار الحياة حتى الولادة .

٤١٧ ـ الحقوق الضرورية التي تثبت للجنين :

وقد اتفقت المذاهب الاجتهادية على أهلية الحمل لحقوق أربعة تثبت له ، وهي :

١) ـ النسب من أبيه وأمه ومن يتصل بهم بواسطتها .

٢) ـ الارث ممن يموت من مورثيه لأنه متفرع عن النسب .

فيوقف للحمل من تركة مورثه أكبر النصيبين على تقدير كون

(١) ـ ر : « كشف الاسرار شرح أصول البزدوي » ٣/٢٣٩ وشرح المنار لابن ملك ص/٣٣٤/ وآخر القاعدة/٨٤/ من قواعد ابن رجب الحنبلي ص/١٧٧) .

الحمل ذكراً أو أنثى[1] .

٣) ــ استحقاق ما يوصى له به..

٤) ــ استحقاق ما يوقف عليه .

لأن كلاً من الوصية والوقف يجوز شرعاً لمن سيوجد ، فيجوز لحمل معين موجود بطريق الأولوية .

ولا أهلية للحمل في استحقاق ما سوى هذه الحقوق الأربعة : فلا تجوز الهبة له . ولو اشترى له أبوه أو غيره شيئاً لا يملكه الحمل[2] لعدم الضرورة ، ولأن الشراء له سيلزمه بالثمن وهو غير أهل للالتزام[3] .

---

(١) - اختلفت الاجتهادات في مقدار مايوقف للحمل من ميراث مورثه : فبعضها يوجب أن يوقف له نصيب أربعة أشخاص لاحتمال تعدده ؛ وبعضها يرى وقف نصيب اثنين . والراجح في الاجتهاد الحنفي أنه يوقف للحمل اكبر نصيب واحد على تقدير كونه ذكراً أو أنثى ، لأن تعدده نادر. فاذا جاء اكثر من واحد يرجع على الورثة بحصته (ر : السراجية وشرحها ، فصل الحمل) .

ومثال كون حصة الحمل الانثى أكثر من الذكر ما لومات الشخص عن زوجة واب وأم وبنت وعن زوجة ابن حبلى . فعلى تقدير كون الحمل هنا انثى تكون حصتها سدس التركة ؛ وعلى تقدير كونه ذكراً تكون حصته هي الباقي بعد ذوي الفروض ، لانه من العصبات ، وان الباقي في هذه الصورة أقل من السدس .

(٢) — ر : كشف الاسرار شرح أصول فخر الإسلام البزدوي: ج ٤ ص /٢٣٩/ ،وحاشية الحموي على الاشباه والنظائر لابن نجيم ،الفن الثالث ص/٢٠٢).

(٣) - ومن ثم يصرح فقهاؤنا « أن الحمل لاذمة له » (ر: كشف الاسرار شرح أصول فخر الاسلام البزدوي ٢٣٧/٤) ، وذلك لان الذمة وعاء اعتباري=

٤١٨ ـ ويلاحظ ان ما يحجز للجنين من الميراث او الوصية او غلة الوقف ليس للجنين فيه ملكية نافذة ، بل متوقفة على ولادته حياً[1] . فإذا ولد ميتاً لا يثبت له شيء من تلك الحقوق المتوقفة : فترد غلة الوقف الموقوف عليه الى سواه من المستحقين ، ويردّ الميراث المحجوز لاجله الى ورثة مورثه الآخرين ، ويرد ما أُوصي له به الى ورثة الموصي .

وإذا ولد الجنين حياً ولو تقديراً[2] تثبت ملكيته في هذه الحقوق مستندة الى وقت سببها السابق : أي بأثر رجعي .

= لاستقرار الحقوق التي على الشخص كما اسلفنا الاشارة اليه (ر : ف/٤١٠) فلا حاجة الى تقديرها فيه قبل أن يصبح اهلاً للالتزامات . وسيأتي لذلك مزيد ايضاح في بحث نظرية الذمة من الجزء الثالث من هذه السلسلة الفقهية .

(١) - وفي الاجتهاد الحنبلي يعتبر ملك الجنين نافذاً في الميراث منذ وفاة مورثه . وقد فرعوا على ذلك ان المرأة الحامل وأقارب حملها المستحقين للنفقة ينفق عليهم من ميراث الحمل وسائر امواله ان كان له مال ، وهذا منقول عن الامام احمد نفسه (ر : القواعد لابن رجب الحنبلي تحت القاعدة /٨٤/ ص /١٨١/ الطبعة الاولى بمطبعة الصدق بالقاهرة) .

وهذا يفيد ايضاً أن للحمل في الاجتهاد الحنبلي أهلية للالتزام وذمة .

(٢) - تكون حياة الحمل تقديرية اذا اسقط بجناية على امه ، كما لوضرب احد امرأة حبلى فاسقطت من الضرب جنيناً ميتاً ، فان هذا الجنين يعتبر حياً حكماً ، وأنه مات بفعل من الضرب جنيناً ميتاً ، فان هذا الجنين يعتبر حياً حكماً ، وأنه مات بفعل الجاني . فيلتزم الجاني بدية الجنين التي تسمى : « غرة » =

٢) ـــ الطور الثاني

طور الطفولة

٤١٩ ــ ويمتد هذا الطور في الانسان من حين أن تلده أمه حتى يصبح مميزاً .

والمراد بتمييزه أن يصير له وعي وإدراك يفهم به الخطاب التشريعي إجمالاً ، فيدرك معاني الاعمال الدينية والمعاملات المدنية ، ويفهم نتائج هذه المعاملات في تبادل الحقوق والالتزامات ولو بصورة بسيطة مجملة ، فيعرف فرق البيع عن الشراء ، ويفهم تعادل القيم وتفاوتها .

فالطفل في طور طفولته قبل أن يصل الى هذا الوعي والتمييز يعتبر ويسمى : *غير مميز* ، وان كان له إدراك وتمييز في كثير من الامور الطبيعية .

٤٢٠ ــ إن مما لا ريب فيه أن خروج الجنين الى الدنيا بالولادة

= وقدرها خمسمائة درهم (تساوي خمسين ديناراً كل عشرة بدينار) تعطى لورثة الجنين ، كما يثبت حق الجنين في ميراث مورثه الذي مات قبلاً ، فيعطى نصيب الجنين من الميراث لورثته هو ولا يعاد لورثة مورثه .

(ر : الدر المختار ، فصل الجنين من كتاب الديات : ٥ / ٣٧٧ – ٣٧٨) .

وزنة الدينار مثقال من الذهب ، وزنة المثقال مائة حبة شعير . ويعتبر هذا المعيار في جميع الجوانب المالية من دينية ومدنية (رد المحتار باب زكاة المال : ٢/٢٩) .

ينتقل فيه الانسان من طور الى طور أساسيين في حياته وقابلياته: فهو ينتقل من طور هو فيه كجزء تابع لأمه في الحياة الى طور هو فيه ذو وجود مستقل، وقابليات طبيعية لم تكن له من قبل.

وبذلك وجب أن تتسع أهليته وتدخل في مرحلة أكمل، ولكنها إنما يمكن أن تتسع في نطاق أهلية الوجوب ولا يمكن أن تمتد الى دائرة أهلية الأداء، لان الوعي مفقود فيه، فيظل الطفل فاقداً في هذا الطور أهلية الأداء، لأن أهلية الأداء إنما تؤهله لأعمال دينية أومدنية تعتمد التعقل، والطفل لا يعي هذه الأعمال أصلاً في مبدأهذا الطور ولا يفهمها فهماً كافياً في أواخره.

٤٢١ — ولفقدان أهلية الأداء في الطفل غير المميز لا يعتد بشيء من التصرفات الانشائية يباشره بنفسه من أقوال او أفعال:

أ) — فأقواله كلها هدر لا يترتب عليها حكم؛ وعقوده باطلة، لأن عبارته غير معتبرة شرعاً في إيجاب او قبول او إقرار او إبراء او غير ذلك. حتى انه لو كان تصرفه نافعاً نفعاً محضاً له كقبول الهبة اوالصدقة لا يصح منه، بل ينوب عنه نائبه الشرعي من ولي او وصي في مباشرة جميع العقود والتصرفات المدنية التي يحتاج إليها.

(ر: الاحوال الشخصية لقدري باشا م/٤٨٣).

ب) — وأفعاله كذلك سواء أكانت دينية كالصلاة والصيام، او

مدنية كقبض المبيع او الوديعة او القرض ، كلها غير معتبرة . فلو اشترى له وليه او وصيه شيئاً فسلمه البائع الى الطفل لا يعتبر تسلمه : فلو هلك في يد الطفل يهلك على حساب البائع، كما لو هلك عند البائع قبل التسليم (ر : الاحوال الشخصية أيضاً م/٤٨٨)[١] .

وكذلك ما لو غصب مال الطفل غاصب ، ثم رده الى الطفل نفسه، فان الغاصب لا يبرأ عن ضمان قيمة المال إذا هلك ، لأن تسلم الطفل لماله باطل غير معتبر .

ج) ـــ وإذا جنى الطفل جناية ولو قتلاً لا يعتبر فعله إجراماً،فلا يستحق العقوبة ، حتى إنه لو كان القتيل مورثه لا يحرم الطفل القاتل من ميراثه لسقوط المؤاخذة عنه[٢] .

٤٢٢ ـــ أما أهلية الوجوب فتكمل في الطفل بعنصريها[٣] منذ ولادته فيصبح أهلاً لثبوت الحقوق والالتزامات له وعليه ، بعد أن

---

(١) ـ بخلاف مالو أتلف الطفل من تلقاء نفسه مال غيره دون تسليم او تسليط من المالك ، فانه عندئذ يضمنه كما سنرى لانه جناية على مال الغير .

(٢) ـ فالجناية لاتكون سبباً شرعياً لاستحقاق العقوبة إلا بما فيها من صفة الاجرام الذي هو تمرد على النظام العام . ومن شرائط اتصاف الجاني بصفة الاجرام تمام عقله ، وذلك بالبلوغ ، لأن العقل أساس المؤاخذة العقابية على عدم الطاعة .

(٣) ـ وهما قابلية الدائنية وقابلية المديونيــة ، أو الالزام والالتزام (ر : ف/٤٠٩) .

كانت هذه الأهلية لديه في طور اجتنانه قبل ولادته ناقصة كما تقدم .
(ر : ف/٤١٦) .

وعلى هذا الأساس يملك الطفل منذ ولادته ما يشترى له أو يوهب، ويعقد وليه أو وصيه بالنيابة عنه سائر العقود من بيع وقرض ورهن وإجارة وصلح وقسمة وغيرها بشرائطها الشرعية ، وتترتب نتائجها لحساب الطفل ، وتثبت عليه سائر الالتزامات بأسبابها الشرعية .

٤٢٣ ـ أنواع الالتزامات التي يعتبر الطفل أهلاً لها :

وإجمالاً ، يجب على الطفل من الالتزامات والوجائب المالية كل ما يدخل في الأنواع الثلاثة التالية :

النوع الاول) ــ الأعواض المالية : وهي كل ما يكون في مقابل حق للغير ، كثمن ما يشترى للطفل وأجرة ما يستأجر له .

ومن هذا القبيل قيمة ما يتلفه الطفل من مال غيره ولو دون وعي منه ، لأنها عوض عما أتلفه من المال المعصوم(ر : م/٩١٦/والأحوال الشخصية لقدري باشا م/٤٨٧) .

وكذلك تعويض ضرر الجناية من دية او أرش[1] إذا جنى الطفل

---

(١) ــ **الدية** (بكسر الدال) هي العوض المالي شرعاً للنفس المجني عليها .
والارش (بفتح فسكون) هو العوض المحدد شرعاً لما دون النفس .
فاذا كانت الجناية على مادون النفس لاتحديد لعوضها ، بل هو مفوض شرعاً الى القضاء يحدده بمعرفة الخبراء العدول في كل جناية بحسبها كما في الكسر او الرض =

على النفس فما دونها .

ففقدان الوعي او نقصانه في الطفل إنما يمنع مؤاخذته بالعقوبة البدنية كما تقدم ، ولكنه لا يسقط حقوق غيره الناشئة عن عصمة أنفسهم وأموالهم ، لأن الالتزام بحقوق الغير إنما يعتمد كمال أهلية الوجوب في الملتزم ، وهذه الأهلية في الطفل كاملة[1] (ر:ف/٤٠٨) .

٤٢٤ — وعلى هذا يجب التمييز في ضمان الأفعال التي يباشرها الطفل بين الأفعال الجنائية التي يجني بها على حق أو نفس ، وبين الأفعال المدنية .

فأما الافعال الجنائية كأخذ الطفل من تلقاء نفسه مال الغير أو اتلافه فهي مضمونة عليه ، لأن الأفعال الجنائية لاتتوقف سببيتها للضمان على أهلية الأداء ، بل على أهلية الوجوب فقط .

وأما الأفعال المدنية كتسلم مبيع أو قرض أو وديعة سلمها اليه صاحبها بناء على عقد ، فانها تعتبر من الطفل باطلة ؛ واذا أتلف الطفل

=فالعوض يسمى « **حكومة العدل** » ؛ وقد يسمى أيضاً « **أرشاً** » (ر : ف /١٠٦/ ورد المحتار اول كتاب الديات ج/٥) .

(١) — ومما يلحق بالأعواض في نظر الفقهاء **نفقة الزوجة** ، لانها تستحقها على الرجل لقاء احتباسها وتفرغها لواجبات الزوجية ، ولذا يلزم بها الزوج ولو كان فقيراً وهي غنية ؛ بخلاف نفقة الأقارب ، فانها ليست من الاعواض بل هي صلة من قبيل المؤونة الاجتماعية ، كما سنرى قريباً .

فيها ماتسلمه لايضمنه ، لأن المالك هو المفرط المسلط للطفل على إتلافها بتسليمه إياها [1] .

وهذا هو مراد الفقهاء في قولهم : ان الحجر يقع على الاقوال دون الافعال ، ويفرعون عليه أن أقوال الطفل وعقوده باطلة مهدرة ، أما أفعاله فتوجب عليه الضمان (ر : م/ ٩٤١ والدر المختار كتاب الحجر ٥/٨٩ و ٩١) ، فان مقصودهم هو أفعال الطفل الجنائية ، أما الأفعال المدنية ، فانها تخضع لقاعدة الصحة والبطلان كما تقدم في بحث البطلان (ر : ف/٣٤٥) ، فالطفل غير مسؤول فيها بالضمان بدليل هذه الأحكام التي نقلناها في اتلافه لما سلم اليه عن بيع او إقراض او استعارة الخ . . .

٤٢٥ ـ وبما أن الذمة تبع لأهلية الالتزام ، لانها مقر مقدر في الشخص لاستقرار الديون التي تثبت عليه ، لذلك يصبح الطفل منذ ولادته ـ أي منذ كمال أهلية الوجوب فيه ـ ذا ذمة تتعلق بها جميع الديون التي تتحقق عليه في تلك الالتزامات ، بينما انه لم تكن له ذمة

(١) ـ وعلى هذا لو كان المودع أيضاً طفلاً كالوديع ، فأتلف الطفل الوديع الوديعة يضمنها لعدم صحة التسليط من الطفل المودع ، فبقي الاتلاف وحده جناية من الطفل على مال غيره فتوجب الضمان (ر : الاشباه والنظائر ، لابن نجيم ، الفن الثاني ، كتاب الحجر : ج ٢ ص٧٨-٧٩)

في طور اجتنانه قبل الولادة، كما سبقت الاشارة اليه[1].

(النوع الثاني) الضرائب المطروحة على الاموال، كعشر الزرع وخراج الارض.

ومن هذا القبيل اليوم ضريبة الابنية، وضريبة الدخل، والمكوس (الجمارك) وأمثالها. فكل ذلك مما يخضع له الطفل، لأن هذه الحقوق العامة التي تطرح على الاموال وتغذي بيت المال، يتساوي في أسبابها وعلل ايجابها الطفل وغيره.

(النوع الثالث) - المؤونات الاجتماعية المنوطة بالغنى، كنفقة

---

(1) - قد يتوهم أن هذا دليل على أن الجنين في طور اجتنانه قبل الولادة ليس له شخصية، لأن الشخصية من لوازمها الذمة. فاذا لم تكن للجنين ذمة فليست له شخصية. وهذا ماعليه بعض الانظار القانونية، وبه صرحت المادة /31/ من قانوننا المدني الجديد - تبعاً لأصله المصري - اذ نصت على أنه: «تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حياً، وتنتهي بموته».

وهذا خطأ ومتناقض مع اقرار حقوق للجنين مسلم بها في جميع الشرائع والانظار القانونية، ومنها الارث؛ اذ لايعقل اثبات الحقوق الا لشخص طبيعي او اعتباري.

والنظر الصحيح هو أن الذمة بمعناها الاصطلاحي في الفقه الاسلامي ليست من لوازم كل شخصية بل من لوازم الشخصية المستقلة. وشخصية الجنين غير مستقلة في نظر فقهائنا، بل هو تبع لأمه، كما سلفت الإشارة اليه (ف/416) وكما سنراه موضحاً في نظرية الذمة المبسوطة في الجزء التالي من هذه السلسلة الفقهية.

الاقارب من آباء واخوة ونحوهم ، فان هذه النفقةصلة فيهامعنى المؤونة التي يقتضيها نظام المجتمع . فانه يوجب تضامن الاسرةفيما يصون الحياة. فلذا أوجب الشرع النفقة لفقراء الاسرة على أغنيائها في درجات وحدود وشرائط معينة ، واعتبر هذه النفقة كنفقة الانسان على نفسه ، لتستقيم الحال ؛ ومن الواضح أن الصغير والكبير من الاغنياء هما في علة هذا الحكم سواء .

٤٢٦ - أما زكاة الاموال فقد اختلفت الاجتهادات في ايجابها في مال الصغير لاختلافهم في طبيعتها :

ـ فذهب الاجتهاد الحنفي الى أنها عبادة مالية يتوقف ايجابها على البلوغ كسائر التكاليف الدينية . ولذا لم يوجبها الحنفية فيمال الصغير .

ـ وذهب الأئمة الثلاثة ، مالك والشافعي وأحمد ، الى اعتبار الزكاة شرعاً من الضرائب الاجتماعية المتعلقة بالمال، لا من العبادات فلذا اوجبوها في مال الصغير ولو كان عديم أهلية الأداء ، فيخرجها عنه نائبه الشرعي من ولي أو وصي (ر / : بداية المجتهد أول كتاب الزكاة ١/٢٢٥) .

٣) ـــ الطور الثالث

طور التمييز

(أ) معنى التمييز وخصائصه (ب) مبدأ التمييز (ج) حدود أهلية الصغير المميز (د) اهلية الاداء واهلية الاداء المدنية (هـ) تقسيم تصرفات الصغير المميز (و) أحكام الاذن للصغير بالتصرف (ز) ملاحظات

(أ) ـــ معنى التمييز

٤٢٧ ـــ يمتد هذا الطور في حياة الانسان من سن تمييزه حتى يبلغ جسماً وعقلاً .

والمراد بالتمييز أن يصبح له بصر عقلي يستطيع به ان يميز بين الحسن والقبيح من الامور ، وبين الخير والشر ، والنفع والضرر ، وإن كان هذا البصر غير عميق، وهذا التمييز غير تام ولا مستوعب للنتائج .

فهذا الطور في الحقيقة هو طور الاستنارة العقلية ، يدخل فيه عقل الانسان منطقة النور ،وتأخذ فيه الحقائق والمدركات أمامه بالظهور حتى تستبين له في نهاية هذا الطور مكشوفة واضحة أمام مصباح العقل السليم.

وبذلك يكون هذا الطور مرحلة من المراحل الاساسية في اهلية الانسان ، إذ يتكون له فيه وعي صحيح ولكنه منبعث عن عقل غض لم ينضج ولم تكمل استنارته .

(ب) — مبدأ التمييز

٤٢٨ — وليس لمبدأ هذا التمييز سن معينة من عمر الانسان أو علامة طبيعية فيه ، بل قد يبكر وقد يتأخر بحسب فطرة الطفل ودرجة ذكائه ومواهبه العقلية . وهو انما يعرف بأثره من التوازن الذي يبدو في تفكير الطفل وأعماله . وهذا أثر لايظهر مفاجأة ، بل تدريجياً ، إذ تسبقه آثار من التعقل تقاربه ، كحبات العقد تشابه كل واحدة ماقبلها ومابعدها ، لان كل واحدة أكبر مما قبلها قليلاً واصغر مما بعدها قليلاً ، ولكن الفرق بين اثنتين متباعدتين يظهر كبيراً .

وبذلك تتشابه أوائل هذا الطور بأواخر طور الطفولة الذي قبله فلو جعل الانتقال من طور الطفولة منوطاً بظهور آثار التمييز نفسه لكان المناط غير منضبط ، وحدود الاهلية الجديدة غير واضحة المبدأ .

لذلك اقتضت حكمة التشريع أن تعتبر سن مناسبة من عمر الانسان مبدأ لطور التمييز ، فاعتبر الفقهاء : ان تمام السنة السابعة من العمر ، في الحالة الطبيعية السليمة مبدأ لطور التمييز ، وما يستتبعه من أهلية جديدة[1] .

---

(١) — وقد ثبت عن النبي ﷺ أنه قال : « مروا اولادكم بالصلاة وهم ابناء سبع » (من حديث نبوي أخرجه أبو داود باسناد حسن) وذلك لتعويدهم على عبادة الله تعالى منذ الصبا . وهذا يدل على مبدأ سن التمييز في نظر الشرع ، كما يدل أيضاً على تمتع الصغير في هذه السن بأهلية أداء ، كي تصح منه الصلاة .

(ج) — حدود اهلية الصغير المميز

٤٢٩ — يتضح مما تقدم ان الصغير متى وصل الى سن التمييز فقد اصبح استعداده وقابلياته في وضع وسط ، بين حال الطفل غير المميز ، وحال البالغ الرشيد . وهذا الوضع يقتضي ان يفسح له مجال التصرف بصورة مقيدة غير مطلقة : لأنه من جهة يحتاج الى التمرين على ممارسة هذه الاعمال التي أصبح على وعي صحيح لها . وهو من جهة أخرى محتاج ايضاً الى حماية حقوقه من سوء تصرفاته واخطائه المتوقعة أي الى حماية نفسه من نفسه ، لأنه لايزال قاصراً لم يبلغ عقله مرحلة النضج.

فبناء على ذلك قرر فقهاء الشريعة ، استناداً الى دلائل قواعدها واحكامها ، أن للصغير المميز في هذا الطور اهلية اداء قاصرة ويريدون بذلك اهلية التصرف المالي .

والاهلية يستدل على انواعها وحدودها من الاحكام التشريعية المبنية عليها ، اذ يستدل من البناء على الاساس .

(د) — اهلية الاداء الدينية واهلية الاداء المدنية

٤٣٠ — فالنظر فيما قرره الفقهاء والاصوليون للصغير المميز من أحكام يوجب تقسيم أهلية الاداء الى قسمين :

الاول) — اهلية التعبد : وهي التي تؤهل الشخص لممارسة العبادات

المشروعة بحيث تعتبر صحيحة منه . وهذه نسميها نحن هنا : اهلية الاداء الدينية .

والثاني) — اهلية التصرف : وهي التي تؤهله للمعاملات المالية والتصرفات الحقوقية من قولية وفعلية ، كالبيع والشراء ، والاخذ والعطاء . وهذه نسميها : اهلية الاداء المدنية .

أ) ــ فأما أَهلية الاداء الدينية ، أو أهلية التعبد ، فانها تثبت للصغير كاملة من أول طور التمييز . وبمقتضاها تصح منه العبادات التي هي مزيج من عمل بدني وفكري كالصلاة والصيام باجماع الاجتهادات ، وان كانت غير مفروضة عليه .

وعدم فرض هذه الواجبات الدينية عليه ـ رغم كمال اهلية الوجوب فيه منذ ولادته ، وكمال اهلية الاداء الدينية فيه بالتمييز ـ هو لأن الاهلية انما تؤهل ولا توجب . فالايجاب تكليف وهو يتوقف على سببه وسائر شرائطه الشرعية وان اول شرائطه البلوغ الذي يتم به احتمال جسمه واكتمال عقله فلا يكون الشخص مكلفاً بشيء من الواجبات العملية قبل البلوغ .

ب) — وأما أهلية الاداء المدنية ، أو أهلية التصرف فانها ايضاً تثبت للصغير من أول هذا الطور ، لكنها فيه قاصرة غير كاملة .

وقصورها هذا لحماية حقوقه وصيانة أمواله، نظراً لقلة خبرته في التصرف بالمال وعدم معرفته بأحوال الناس .

(٥) — تقسيم تصرفات الصغير المميز بحسب قصور أهلية الأداء المدنية فيه

٤٣١ — وبمقتضى هذا القصور في أهلية الأداء المدنية لدى الصغير المميز قسم الفقهاء تصرفاته الحقوقية من حيث اعتبارها ونتائجها الى ثلاثة أنواع :

٤٣٢ — **النوع الاول التصرفات التي هي ضرر مالي محض في حق الصغير .**

وذلك كالتبرعات بجميع أنواعها من هبة ، أو صدقة ، أو وقف أو إعارة او غيرها .

فهذا النوع لا يملك الصغير فعله ، ولا يملك أحد من ولي او وصي او قاض أن يجيزه له او يفعله عنه . فاذا وقع كان باطلاً حماية لحقوق الصغير بمقتضى قصور أهليته .

ومن هذا القبيل كفالة الصغير المميز ديناً على غيره ، فان كفالته لا تصح ، لما فيها من معنى التبرع بالتزام أداء الدين عن غيره .

وقد عد الفقهاء من هذا النوع طلاق الصغير لزوجته إن كان

مزوّجاً ، فان طلاقه باطل ، لأنه يخسر به المهر ومنفعة الزوجية[1] .

وقد استثنوا من هذا النوع إقراض القاضي مال اليتيم ، وإن كان في القرض معنى التبرع بالمعونة ابتداء ؛ فانه يصون مال اليتيم من الضياع ، وهو خير من الايداع ، لأن الوديعة اذا هلكت دون تعد من الوديع عليها او تقصير في حفظها تهلك أمانة غير مضمونة، بخلاف القرض فانه مضمون على المقترض في جميع الأحوال. وبسلطة القاضي إذا تولى هو الاقراض لا يخشى على مال القرض. (ر : رد المحتار ، الباب الأول من كتاب القضاء ٤/٣٤١) .

---

(١) ـ الظاهر أن بطلان طلاق الصغير لايمنع جواز دعوى طلب التفريق التي تقام من احد الزوجين على الآخر بمقتضى المادة / ١١٢ / من قانون الاحوال الشخصية الجديد لدينا ، اذا ادعت الزوجة الكبيرة على زوجها الصغير بطلب التفريق ، لأن هذا التفريق مخالعة جبرية أو تطليق جبري بسلطان القضاء عند عدم امكان الاصلاح بين الزوجين .

والقانون قد جعل طلب التفريق حقاً لكل من الزوجين ، ولم يشرط في أحدمنهماشرائط لصحة الادعاء به ، فيرجع في ذلك الى القواعد العامة . والقواعد تقضي بأن ممارسة الحق تتوقف على أهلية صاحبه المدعي ، لا على أهلية الطرف الآخر المدعى عليه . فاذا كانت الزوجة كبيرة فالظاهر أن دعواها بالتفريق على زوجها الصغير القاصر مسموعة قانونا . وهذا كما لو كان الزوج مجنوناً ، فان جنونه لايمنع زوجته من طلب التفريق بمقتضى أحكام القانون . ومن المقرر شرعاً وقانوناً أن المجنون في حكم الصغير غير المميز كما صرحت به المادة / ٩٧٩ / من المجلة ، والمادة / ٤٧ / من القانون المدني الجديد الذي حل محلها .

٤٣٣ ـ واختلفت الاجتهادات في حكم وصية الصغير المميز :

ـ فأجاز الامام الشافعي وفقهاء المدينة وصيته في وجوه البر .
واستدلوا من جهة النظر بأنها خير لا يلحق الصغير منها ضرر في ماله ، لأنها إنما تنفذ بعد وفاته . واستدلوا من جهة الأثر بما روي عن عمر ابن الخطاب (ر ض) أنه أجاز وصية صغير يافع .

ـ وحكم أبو حنيفة وأصحابه ببطلانها لإضرارها بحقوق ورثة الصغير . والوصية إنما شرعت للكبير المكلف ليتدارك بثوابها ما فاته من تقصير في واجباته الشرعية . أما الصغير فغير محتاج اليها لأنه غير مكلف شرعاً . وان منفعة ورثته مصلحة له في ايصائه عدول عما هو أفضل له من التوفير لورثته. وان ترك الأفضل هو ضرر محض في حقه لا محالة ، فيكون غير مشروع في حق الصغير فتبطل وصيته[1]

---

(١) ـ **اقول** : ان التعليل بحقوق الورثة كان يقتضي أن تعتبر الوصية من الصغير المميز موقوفة على اجازة ورثته لا باطلة ، وذلك شأن جميع التصرفات القولية المضرة بحقوق الغير .

وقد نقل العلامة محمد بن محمود الاستروشني في كتابه « جامع أحكام الصغار» عن شرح الطحاوي : أن الصبي « لو أوصى في حال صغره بوصية لا تجوز الا اذا اجاز ذلك بعد بلوغه، فيعتبر حينئذ كالابتداء » أي كابتداء الوصية بعد البلوغ (ر : جامع احكام الصغار اول فصل الوصايا) .

وهذا يؤيد رأينا أن هذه الوصية ينبغي أن تعتبر موقوفة لا باطلة ،لأن من =

(ر : أصول البزدوي . وشرحه كشف الأسرار ٤/٢٤٩ - ٢٦٠)

٤٣٤ ـ النوع الثاني : التصرفات التي هي نفع محض في حق الصغير .

وذلك كقبول الهبة او الصدقة ، وكإحراز المباحات .

وهذا النوع تكفي فيه أهلية الأداء القاصرة لدى الصغير فتصح منه ممارسته ، ويكون نافذاً منه دون توقف على إجازة وليه أو وصيه ، بل يكون شأنه كما لو صدر التصرف من كبير راشد ، لأن ممارسته هي منفعة للصغير على كل حال (ر : المجلة/٩٦٧)

وقد اعتبروا من هذا النوع قبول الصغير المميز للوكالة عن غيره في كل ما يجوز فيه التوكيل من بيع وشراء وزواج وطلاق وخصومة وقبض وغيرها . وتصرفاته بالوكالة في حدود ما وكل به تلزم الموكل كما لو كان الوكيل كبيراً . وذلك لأن ممارسة الصبي الصغير هذه التصرفات بالوكالة ـ ولو دون إذن وليه أو وصيه ـ فيها تمرين له ، وتصحيح لعباراته ، وتعريف له بوجوه التصرفات وأساليبها ونتائجها

= القواعد المقررة **ان الباطل لا يقبل الاجازة** ، كما تقدم في بحث البطلان (ف/٣٥٩) ، ونص عليه الاستروشني ايضاً أول فصل مسائل البيوع من كتابه « جامع احكام الصغار » . لكن جميع نصوص المذهب التي اطلعت عليها متضافرة على البطلان ، فتأمل . ولو قيل بالتوقف على إجازة الورثة كما بينا لكان اوجه وأجرى مع القواعد .

بقدر الامكان ، كل ذلك على مسؤولية الموكل وعهدته . وهذا نفع محض للصغير . (ر . « جامع أحكام الصغار » أول فصل مسائل الوكالة ، و « رد المحتار » ٤/٤٠٠)

٤٣٥ ــ النوع الثالث : التصرفات المحتملة للنفع والضرر :

وذلك كالمعاوضات المالية في جميع صورها من بيع وشراء ، وإجارة واستئجار ، ورهن وارتهان ، ومزارعة ومساقاة ، وكل ما يحتمل الربح والخسار .

وهذا النوع من التصرفات يملك الصغير المميز ممارسته ويصح منه ، ولكن لا يستقل فيه برأيه ، بل لا بد لنفاذه من موافقة ممثله الشرعي عليه[1] (ر : المجلة/٩٦٧) كما تقدمت الاشارة اليه في بحث النفاذ من الآثار العامة للعقود (ف ١٩٤/٣) .

وإنما صحت من الصغير المميز مباشرة هذه التصرفات بنفسه لأنه يتمتع بأهلية أداء . وإنما اشترط لنفاذها موافقة الممثل الشرعي من ولي أو وصي لقصور تلك الاهلية في الصغير ، واحتمال هذه التصرفات للنفع والضرر في حقه . فاذا اقترنت بموافقة ممثله الشرعي من ولي أو

(١) -- المراد بالممثل الشرعي هنا من تكون له على الصغير ولاية المال .
وسيأتي بيان ولي المال وولي النفس وصلاحياتها في الفصل الثالث الباحث عن الولاية الشرعية الناشئة عن قصور الاهلية .

وصي اعتبرت في مصلحة الصغير ، ونفذت عليه كما لو باشرها عنه ممثله نفسه .

٤٣٦ ـــ وموافقة الممثل الشرعي تتحقق بأحد شكلين : إما بإذن منه سابق لتصرف الصغير ، واما بإجازة لاحقة بعد التصرف[1] :

أ) ـــ فاذا باشر الصغير المميز شيئاً من تصرفات هذا النوع باذن سابق من ممثله الشرعي كان التصرف صحيحاً نافذاً ملزماً للصغير منذ صدوره منه ، ولو كان فيه غبن فاحش في حقه اذا لم يكن غبنه نتيجة تغرير . وذلك لأن التجارة لا تخلو عن التغابن ، وقد يكون الرضى بالغبن من أساليب الدعاية التجارية لاستجلاب القلوب ، واستدرار أرباح أكثر (ر : رد المحتار كتاب المأذون ٥/١٠٠) .

وهذا رأي أبي حنيفة وهو الراجح في مذهبه ، خلافاً لرأي

---

(١) - الاذن للصغير المميز بالتصرف المالي والتجارة هو تمرين مفيد له يكسبه مراساً وتجربة ومعرفة بأحوال النـــاس ونتائج المعاملات فهو تهيئة لرشده واختبار لمواهبه الفكرية . وأصله قول القرآن العظيم في سورة النساء :

« وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » .

والابتلاء هو الاختبار . فقد أمر بتمرينهم واختبار قدرتهم على التصرف قبل البلوغ ، حتى اذا بلغوا ينظر هل أورثهم ذلك رشداً ؟ فاذا ظهر رشدهم بعد البلوغ كملت أهليتهم وسلمت اليهم أموالهم، والا ينتظر الرشد. وسيأتي ايضاحه.

صاحبيه اللذين لا يجيزان على الصغير المميز الغبن الفاحش ولو كان الصغير مأذوناً .

ب) وإذا باشره دون إذن سابق كان صحيحاً غير نافذ ، بل موقوفاً على إجازة ممثله الشرعي : فان أجازه ممثله صار نافذاً من حين وقوعه: أي نفذ نفاذاً مستنداً بأثر رجعي ، لأن الاجازة اللاحقة كالاذن السابق (ر : ف/١٩٤) . وان رفضه اعتبر باطلاً كذلك منذ وقوعه .

ومن هذا النوع عقد الزواج : فاذا تزوج الصغير المميز دون اذن وليه في النكاح كان العقد موقوفاً على اجازته (ر: الأحوال الشخصية لقدري باشا: م/٤٩٣) .

(و) ــ أحكام الاذن للصغير بالتصرف :

٤٣٧ ــ مدى شمول الاذن للصغير المميز بالتجارة

وإذا أذن للصغير ممثله الشرعي بممارسة التجارة دخل في الاذن من هذا النوع جميع التصرفات التي تعد في العرف من شؤون التجارة ، كالبيع والاجارة والمزارعة والرهن والارتهان والتوكيل الخ.. ، وكالاقرار بالحقوق والأفعال . فكل ذلك يملك الصغير المأذون له بالتجارة ممارسته في استثمار ماله ، سوى الاقراض والكفالة ، فانهما وان كانا من شؤون التجارة ، يبقى الصغير المأذون محجوراً عنهما ،

لأنهما من النوع الأول الذي هو ضرر محض في حق الصغير لما فيهما من معنى التبرع .

٤٣٨ ـ وهنا تعترضنا مسألة خلافية مهمة وطريفة : وهي أن الصغير المميز اذا لم يكن مأذوناً وتعاقد مع غيره على شيء وتسلمه منه على سبيل الشراء أو الاقتراض أو الاستعارة أو الايداع مثلاً ، ثم أتلفه الصغير فهل يضمنه ، أو لا يضمنه ؟

ذهب أبو يوسف صاحب أبي حنيفة الى التضمين نظراً الى أن العقد من الصغير غير المأذون اذا لم ينفذ عليه فقد بقي فعل الاتلاف ، وهو بذاته يوجب على الصغير ضمان مايتلف ولو كان طفلا غير مميز كما تقدم (ر : ف/ ٤٢٤) . فالقضية هنا قضية ضمان فعل ، والصغير أهل لذلك ، وليست قضية ضمان عقد .

وذهب أبو حنيفة وصاحبه الآخر محمد بن الحسن الشيباني الى عدم التضمين بحجة أن فعل الاتلاف هنا ساقط الاعتبار ، لأنه بتسليط من المالك الذي سلم المال الى صغير غير مأذون فعرضه للتلف ، ولم يأخذه الصغير ويتلفه من تلقاء نفسه . فلم يبق الا الضمان الواجب بالعقد . والصغير غير المأذون ليس بأهل لالتزام ضمان العقود . وهذا هو الرأي الراجح في المذهب الحنفي .

أما لو كان الصغير مأذوناً فهو ضامن بالاتفاق (ر : الأحوال

الشخصية لقدري باشا م/ ٤٨٧ ــ ٤٨٨ ، والدر المختار ورد المحتار كتاب الحجر ٥/ ٩٢/ وآخر كتاب المأذون ٥/ ١١٢) .

وهذا حكم يستوي فيه الصغير المميز غير المأذون والصغير غير المميز كما تقدم ، لأن كليهما محجور (ر : ف/ ٤٢١ و ٤٢٤) .

٤٣٩ ــ قابلية الاذن للتخصيص ، وعدمها

وهذا الاذن في الاجتهاد الحنفي لا يقبل التخصيص. فاذا أذن للصغير ممثله الشرعي ببعض التصرفات من هذا النوع كالبيع مثلا ، وقيده بنوع من البضاعة أو شخص أو سوق أو زمان مخصوص ، أصبح الصغير مأذوناً اذناً عاماً بالتجارة والتعامل في جميع الأنواع ومع جميع الاشخاص في جميع الازمنة والامكنة ، حتى يحجره ممثله من جديد، لأن الاذن يقبل الاسترداد .

وذهبت اجتهادات أخرى كالاجتهاد الحنبلي الى أن هذا الاذن يقبل التخصيص ويتقيد بما يقيده به الممثل الشرعي للصغير نوعاً أو شخصاً وزماناً ومكاناً . فيبقى الصغير المميز فيما وراء حدود إذنه محجوراً غير نافذ التصرف .

وحجة الاجتهاد الحنفي أن الاذن رفع واسقاط لقيد الحجر الأصلي . وان الاسقاط في نظرهم لا يقبل التقييد .

وحجة الاجتهادات الاخرى ان الاذن كالتوكيل ، والتوكيل يقبل التقييد ، فيقيد الوكيل بما يقيده به الموكل ، لان سلطة الوكيل مستمدة منه .

ولا يخفى أن هذا النظر أوجه وأجرى مع المصلحة ، فان الاذن للصغير بمباشرة التجارة والتعامل انما شرع لتمرينه واختباره . وقد يكون له بصيرة في نوع دون نوع ، وقد يؤمن عليه من التعامل مع شخص دون غيره . فيجب أن يصح تخصيص الاذن ، والا ضاعت الحكمة منه .

على أن كون الاذن اسقاطاً لقيد الحجر لايستلزم عدم امكان تخصيصه ، لأن المقيد يمكن أن تطلق منه ناحية فقط ويبقى غيرها على قيده .

٤٤٠ ـ الصراحة والدلالة في الاذن

والاذن للصغير يكون : إما صراحة ، بأن يقول له ممثله : أذنت لك بالتجارة ، أو اذهب الى السوق فبع واشتر ، ونحو ذلك ؛ وإما دلالة ، كما لو رآه وليه يتعاطى مع الناس البيع والشراء فظل ساكتاً عنه ، فانه يصبح مأذوناً ، وذلك لحاجة التعامل ودلالة الحال ، إذ من المقرر في القواعد ان السكوت في معرض الحاجة الى البيان بيان (ر:ف/

١٧٤ والمجلة / ٦٧) وإلا تغرر الناس بدلالة حال الولي ، وتورطوا في التعامل مع الصغير وهو غير مأذون .

٤٤١ ـ التمييز بين الاذن بالتصرف وبين الاستخدام :

ولكن على كل حال يجب التمييز بين الاذن والاستخدام ، فلا يتحقق الاذن إلا بما يفيد ، صراحة أو دلالة ، إطلاق الحق للصغير المميز من ممثله الشرعي في *تصرف نوعي* : أي ببعض أنواع التعامل . أما لو أرسله الى السوق ليشتري له شيئاً معيناً من طعام أو كسوة أو غيرهما ، فهذا استعانة واستخدام في *تصرف شخصي* محدود ، وليس إذناً في تصرف نوعي متكرر ، فلا يصير به الصغير مأذوناً ، والا انسد باب الاستخدام المجرد (ر : المجلة / ٩٦٩ والهداية وشروحها كتاب المأذون ٨/٢١٩ ورد المحتار ٥/٩٨) .

٤٤٢ ـ والخلاصة أنه بالنظر الى الاذن وعدمه يصنف الصغار المميزون الى صنفين : مأذونين ومحجورين :

ـ **فالمأذون :** هو الذي أطلق له ممثله الشرعي حق التعامل في التصرفات التي تتوقف في الأصل على موافقته ، وهو النوع الثالث المتقدم . وعندئذ يصبح الصغير في هذه التصرفات ككامل الاهلية تنفذ عليه وتلزمه ولو كان فيها غبن فاحش .

ــ والمحجور: هو الذي لا يزال تصرفه في هذا النوع خاضعاً لاجازة ممثله الشرعي لقصور أهلية الأداء لدية .

ويتضح من ذلك أن الاذن بالتجارة يختص تأثيره بالصغار المميزين. أما الذين دون سن التمييز فأهلية الأداء معدومة لديهم ؛ وكل تصرفاتهم باطلة كما تقدم . فالاذن لهم وعدمه سواء .

٤٤٣ ــ حجر المأذون وما يشترط فيه :

أشرنا سابقاً الى أن الاذن بالتجارة للصغير المميز قابل للاسترداد . فلممثله الشرعي أن يحجره بعد الاذن ، وأن يعود فيأذنه بعد الحجر ، لأن من يملك منح الاعتبار يملك استرداده .

ويشترط لصحة الحجر أن يعلم به الصغير نفسه[1] . ثم اذا كان ممثل الصغير قد أعلن إذنه في السوق ، أو كان إذنه شائعاً يجب أيضاً أن يعلن الحجر ويشاع ، ليحيط الناس به علماً كي لا يتغرروا فيتضرروا . ولا يصح حجره سراً في الغياب أو بين عدد قليل من أهل السوق ، بل يبقى الصغير على حكم الاذن وتنفذ معاملاته الى أن يعلم بحجره هو وأكثر أهل السوق .

أما اذا كان إذنه غير معلن ولا شائع فيكفي في صحة حجره إعلامه

---

(١) ــ كالوكيل اذا عزله الموكل، فانه لا ينفذ عزله الا بعد علمه به ، وقبل ذلك يبقى على وكالته ، وتصرفاته نافذة على الموكل .

به دون اعلان (ر : رد المحتار ٥/١٠٥) .

ويجب أن يلحظ هنا أن حجر المأذون إنما يقع مقتصراً ليس له استناد ـ أي تأثير رجعي ـ فاذا حجر الصغير المأذون ، فان ما مضى من تصرفاته في حال اذنه السابق يظل نافذاً .

(ز) — ملاحظات هامة

٤٤٤ ـ هذا ويجب أن يلحظ في هذا المقام ثلاثة أمور هامة :

الاول) ـ أن الصغير المميز غير المأذون اذا بلغ سن الرشد ينتقل اليه حق اجازة تصرفاته الموقوفة التي كان باشرها حال الصغير ولم يبت فيها ممثله الشرعي بإجازة أو رفض ، لأنه متى بلغ الرشد استقل في التصرف بحقوقه . أما اذا كان التصرف الواقع من الصغير قد رفضه ممثله قبل بلوغ رشده فلا يملك الصغير حق اجازته بعد بلوغه ، لأن التصرف قد بطل بالرفض السابق ، والباطل لا يقبل الإجازة ، كما تقدم (ر : ف/٣٥٩) . حتى ان الممثل الشرعي نفسه ، قبل بلوغ الصغير ، لا يملك أن يرجع عن الرفض الى الإجازة ، أو عن الإجازة الى الرفض .

الثاني) ـ أن كل تصرف من النوع الأول الذي هو ضرر محض في حق الصغير لا يملك الصغير أيضاً حق اجازته بعد بلوغ رشده ؛

لأنه صدر باطلاً منذ وقوعه ، فيستوي في عدم قابلية الاجازة مع ما بطل بالرفض بعد وقوعه صحيحاً موقوفاً (ر : ف/١٦٧) .

الثالث) ــ أن التصرف من النوع الثالث كالبيع والشراء والايجار والاستئجار ، اذا وقع فيه غبن فاحش في حق الصغير غير المأذون التحق بالنوع الأول الذي هو ضرر محض ، حماية للصغير ، فيبطل ولا يقبل الإجازة . وإنما اغتفر الغبن الفاحش في حق المأذون للضرورة ، إذ لا تخلو عنه أعمال التجارة .

واذا كان الأمر بالعكس ، بأن كان الصغير في تصرفه غابناً ، والمتعاقد الآخر مغبوناً ، كما لو باع الصغير المميز شيئاً بأكثر من قيمته أو اشترى بأقل منها ، فان عقده يبقى خاضعاً لإجازة ممثله الشرعي اذا لم يكن مأذوناً فيه لأن العبرة في ميزان النفع والضرر لنوع التصرف لا لخصوص العقد الواقع ، وان نوع هذا العقد من الصغير يتوقف على الاذن أو الإجازة (ر : المجلة ٧/٩٦٧ ورد المحتار ــ كتاب المأذون ٥/١١٠) .

أضف الى ذلك أن النفع الظاهر في الحاضر لا يعول عليه ، بل العبرة في مصلحة الصغير لنتائج التصرف التي ناط الشرع بممثله تقديرها .

٤) ــ الطور الرابع

طور البلوغ

٤٤٥ ــ البلوغ أهم المراحل الطبيعية التي تمر بها حياة الإنسان ، لأنه ينتقل فيها من طور الصغر الى طور الكبر ، ويصبح من مبدئها مكلفاً يلقى على عاتقه نظير ما يحمله سائر الكبار المكلفين من التكاليف الشرعية ، ومن المسؤوليات عنها .

ذلك أن البلوغ في الحالات العادية السليمة يصل فيه نمو الجسم وقدرته الى الحد الكافي لتحمل التكاليف الشرعية البدنية ، كما يصل فيه نمو العقل والإدراك الى الحد الكافي من معرفة الخير والشر ، والنافع والضار ، وعواقب الأعمال . وإنما يتفاوت الأشخاص بعد ذلك ـ فيما وراء هذا النصاب الكافي من قدرتي الجسم والعقل ـ تفاوتاً طبيعياً بدرجات الذكاء والمواهب الفطرية التي لا يتساوى فيها اثنان من الناس . وهذا التفاوت في الزيادة عن الحد الكافي لا عبرة له ولا يمنع تساوي الجميع في القدرة على فهم التكاليف وحمل المسؤوليات بعد توافر النصاب اللازم من مؤهلاتها لديهم .

وبناء على ذلك اتفق فقهاء الشريعة على أن الإنسان بالبلوغ يتوجه اليه خطاب التكليف الموجه من الشارع الى الناس. فيصبح البالغ مشمولاً

بالخطاب التشريعي ، ومكلفاً بما يفرضه ذلك الخطاب على الناس من واجبات عامة بشرائطها الشرعية : من الإيمان بالله تعالى وكتبه ورسله وسائر شعب الإيمان ، ومن العبادات المفروضة ، وتحصيل القدر الضروري من العلم لإقامة الدين ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والجهاد والمساهمة بالمال والعمل في كل ما تتوقف عليه مصالح المجتمع الاسلامي ، الى سائر التكاليف والواجبات . كل ذلك بقدر الاستطاعة .

وكذلك يصبح البالغ مسؤولاً عن طاعة النظام الشرعي الذي يفرض الأمن الداخلي ، واجتناب العدوان والثأر الشخصي والخضوع للحكام في حدود سلطاتهم المشروعة ، والرجوع اليهم في حل الخصومات فيصير الانسان بالبلوغ خاضعاً لنظام العقوبات الشرعي العام فيما يرتكبه من جرائم ومخالفات .

٤٤٦ ــ حد البلوغ

والبلوغ يعرف ويعتبر بظهور علاماته الطبيعية[١] . فمتى ظهرت علاماته أخذ البلوغ حكمه بمجرد ظهورها دون التقيد بسن معينة .

فاذا تأخر ظهور علاماته اعتبر الشخص بالغاً حكماً متى وصل الى نهاية سن البلوغ المعتادة .

---

(١) – وهي في الغلام الانزال ؛ وفي الفتاة الحيض أو الحبل .

فلسن البلوغ امتداد بين بداية ونهاية يكون البلوغ الفعلي بينهما بحسب العادة :

فبدايتها اثنتا عشرة في الذكور ، وتسع سنوات في الاناث ، لأن ذلك يختلف باختلاف الأقاليم : ففي البيئات الحارة يبكر البلوغ وفي الباردة يتأخر . فاعتبر أدنى الحدود الطبيعية فيه .

وأما نهايتها فقد اختلفت فيه الاجتهادات : فذهب أبو حنيفة الى أنها ثماني عشرة سنة في الذكورة ، وسبع عشرة سنة في الاناث ، وهو المروي عن ابن عباس . ولكن جمهور الأئمة وصاحبي أبي حنيفة على أنها خمس عشرة سنة في الذكور والاناث جميعاً ، وهو الرأي الراجح المفتى به في المذهب الحنفي ، وعليه المجلة .

والشخص بين بداية سن البلوغ ونهايتها يسمى : **مراهقاً** .

والمراهق اذا ادعى البلوغ أو أقر به ، وكان نمو جسمه محتملاً ، يصدق وإلا فلا (ر : المجلة/٩٨٥ ـ ٩٨٩)[1] .

---

(١) ـ يلحظ هنا أن الفقرة الثانية من المادة الثانية من نظام ادارة اموال الايتام العثماني الذي لايزال جانب من أحكامه نافذاً الى اليوم في سورية نصت صراحة أن :

« حكام الشرع ممنوعون من استماع دعوى البلوغ الفعلي ممن لم يكملوا الخامسة عشر من العمر ».

وبذلك أصبح إثبات البلوغ الفعلي قبل نهاية سن البلوغ المذكورة غير مقبول في الجنسين : الذكور والاناث على السواء . =

٤٤٧ ــ يتضح مما تقدم أن المناط الأصلي للتكليف الشرعي ليس هو سناً معينة من عمر الإنسان ، بل هو توافر النصاب الكافي من القدرتين : قدرة الجسم ، وقدرة العقل .

بيد أن نصاب قدرة الجسم يتجلى محسوساً في الحالات العادية السليمة بالبلوغ فعلاً ، أو بالبلوغ حكماً واعتباراً في سنه المعتادة .

أما نصاب قدرة العقل فانما يعرف بآثاره من توازن أعمال الانسان. ولكن هذه الآثار ليست كعلامات البلوغ المحسوسة في الظهور ، فلو جعلت هي نفسها المناط الذي يربط به التكليف لكانت مناطاً مشتبهاً غير منضبط . وبما أن البلوغ هو المظنة الظاهرة الطبيعية لنمو العقل كنمو الجسم بحسب المعتاد ، لذلك ربط به التكليف تسهيلاً وتيسيراً ، كما تقتضيه حكمة التشريع[1] .

= ثم جاء أخيراً قانون الاحوال الشخصية السوري الجديد الصادر لدينا في ١٧/٩/١٩٥٣ فاشترط في المادة /١٥/ منه لأهلية الزواج **البلوغ الفعلي في الجنسين** . ولكنه في المادة /١٨/ منه نص على قبول القاضي دعوى البلوغ من المراهق **الذي أكمل الخامسة عشرة ، ومن المراهقة التي اكملت الثالثة عشرة ، لاجل الاذن لهما بالزواج اذا تبين للقاضي صدق دعواهما واحتمال جسميهما .**

(١) ــ قال الامام حافظ الدين النسفي في شرحه على كتابه « المنار » في اصول الفقه ماخلاصته :

« أصل العقل يعرف بدلالة العيان ، وذلك بان يختار المرء مايكون أنفع له ، ويعرف مستور العواقب فيما يفعل وما يذر . وكذلك نقصان عقله يعرف بعدم انسجام أفعاله ولا توازنها . وأحوال =

٥) ـ الطور الخامس

طور الرشد

٤٤٨ ـ كما أن صيرورة الانسان بالبلوغ مكلفا بالمعنى الذي سلف بيانه لايعني كمال أهلية الاداء المدنية فيه ، ونفاذ تصرفاته المالية . بل ان كمال هذه الأهلية في الشخص يتوقف على صفة أخرى فوق البلوغ هي صفة الرشد .

والرشد ، والرشاد في اللغة: بمعنى الصلاح والهدى الى صواب الأعمال . والصفة منه : راشد ورشيد . وهو عكس الغي والضلال كما في قوله تعالى : « لا اكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي »[1]

وحقيقة الرشد بلوغ العقل ، فان بلوغ الجسم لايستلزمه (ر: كتاب الاهلية والمجالس الحسبية للاستاذ المحامي محمد هاشم المهنا) .

= البشر تتفاوت في كمال العقل ، فأقام الشرع اعتدال حال الانسان ببلوغه عاقلا مقام تمام العقل في بناء الخطاب الالزامي (اي التكليف) عليه تيسيرا وتسهيلا . ولم يعتبر احتمال تمام العقل قبل البلوغ ، ولا بقاء نقصانه بعد البلوغ لان ذلك موهوم ، ولان قواعد التشريع أن العلامة الظاهرة متى اقيمت مقام الوصف الباطن تيسيرا دار الحكم معها وجودا وعدماً » اهـ .

(١) ـ ر : « المصباح » للفيومي ، و« مفردات القرآن » للراغب الاصفهاني في مادة « رشد » .

والرشد عند الفقهاء في هذا المقام ــ أي في الشؤون المالية ــ ليس هو الورع والتقوى، بل هو البصيرة المالية التي يكون بها الشخص حسن التصرف بالمال من الوجهة الدنيوية، ولو كان فاسقاً من الوجهة الدينية. وهو التفسير المنقول في هذا الموضوع عن ابن عباس[1]

ويقابله السفه (بفتحتين) : وهو تبذير المال واتلافه في غير حكمة سواء أكان في أمور الشر كجمع الفساق والانفاق عليهم ،أو في أمور الخير كما لو صرف الشخص جميع ماله في بناء مسجد في غير حاجة عامة فانه يعتبر سفيهاً في نظر فقهاء الشريعة ويستحق الحجر[2] .

فتلك البصيرة المالية تتوقف على قدر من التجربة والممارسة العملية وسيطرة النهى على الهوى، فوق أصل النصاب العقلي اللازم لادراك الخير والشر، والنفع والضرر بالقدر الكافي للتكليف. فقد يكون

---

(١) ر : المجلة / ٩٤٦ و ٩٤٧ و ٩٦٣ / و لدر المختار ورد المحتار في كتاب الحجر ٥/٩٥ وفي كتاب الوقف ٣/٤٣٠ وتنقيح الفتاوى الحامدية ١/١٩٨ نقلا عن « البحر الرائق » لابن نجيم .

(٢) - ر : مرآة المجلة م/٩٤٦ نقلا عن الباب الثاني من كتاب الحجر في الفتاوى الهندية .

ولعمر الحق ان هذا التحليل العلمي في معنى الرشد وهذا التمثيل للسفه باتلاف المال ببناء مسجد من غير حاجة اليه هما من أروع الامثلة على مالدى فقهاء الشريعة الاسلامية من فكر علمي مجرد عن كل عصبية في بناء الاحكام الفقهية ! .

الانسان على ملكة عقلية كافية لمخاطبته بالتكليف الشرعي ومسؤوليته، ولا يكون رشيداً في ادارة المال لجهله بذلك ، أو لغلبة هواه على عقله ومعرفته . وذلك كالرجل السفيه المبذر ، فانه مكلف شرعاً ومسؤول عن واجبات التكليف ، وعن الجرائم ، ولكنه يحجر عن التصرف بأمواله لعدم رشده ، ويقـــام عليه وصي يتصرف عنه كما يقام على القاصرين .

فهذا الرشد المالي قد يرافق البلوغ،وقد يتأخر عنه ، وذلك بحسب فطرة الشخص وما يكون له من سابقة تمرين وخبرة في شؤون المـال وأحوال الناس .

وبهذا الرشد ، لا بمجرد البلوغ ، ينـاط كمال الأهلية المدنية في الشخص وما يستتبعه هذا الكمال من اطلاق حرية التصرف له وتسليم أمواله اليه .

وبناء على ذلك وجب شرعاً ، عندما يبلغ الشخص ويصبح مكلفاً بالأحكام العامة ،أن ينظر في أمر رشده : فاذا أثبت أنه قد بلغ رشيداً فانه يعتبر منذ البلوغ كامل الاهليات جميعاً ، ويتحرر من الولاية أو الوصايه ، وتنفذ تصرفاته واقراراته ، وتسلم اليه أمواله (ر:الأحوال الشخصية لقدري باشا م/٤٩٦) .

وأما اذا لم يثبت رشده مع بلوغه فانه يبقى قاصر أهلية الأداء ،

وتبقى أمواله ممنوعة عنه ، وتستمر عليه الولاية من جهة المال[1] حتى يثبت رشده .

وأصل ذلك هو أن النص القرآني الذي سلف بيانه[2] يعلق تسليم أموال اليتامى اليهم بظهور هذا الرشد . ولا يكتفي بمجرد البلوغ .

٤٤٩ ـ ولا شك أن عدم جواز تسليم مال الشخص اليه قبل ظهور رشده المالي يستلزم بقاء الولاية المالية عليه وعدم نفاذ تصرفاته قبل ذلك ، اذ لا فائدة لمنع أمواله عنه اذا كانت عقوده واقراراته عليها نافذة ، اذ يضيع عندئذ أمواله بأقواله وان لم تصل اليها يده ، فـلا يتحقق غرض الشارع في حمايته من سوء تصرفه (ر : م/٩٨٢) .

ومن المقرر في علم أصول الفقه أن مالا يتم الواجب الا به فهو واجب[3] . فالأمر التشريعي بشيء يعتبر أمراً أيضاً بما يستلزمه ذلك الشيء ولا يتم إلا به : فالأمر بالوضوء للصلاة مثلاً هو أمر بالسعي

---

(١) - اما الولاية عليه من جهة النفس - وهي تتضمن سلطة التزويج الجبري والتأديب والتطبيب الجراحي ، كما سيأتي في الفصل الثالث - فانها تقطع عن الشخص بمجرد بلوغه عاقلا وصيرورته مكلفاً .

(٢) - هو قوله تعالى في سورة النساء (٤/٥) : « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم » .

(٣) - ر : أصول الفقه للخضري ص/٥٤ - ٥٦/ ، والموافقات للشاطبي ٢/٢٩٤ طبعة المطبعة الرحمانية .

الى مكان الماء . وايجاب الواجبات الشرعية التي تحتاج الى قوة البدن، كالعبادات والجهاد، هو ايجاب للأكل والشرب الكافيين لحفظ القدرة على أداء هذه الواجبات . وكذا ايجاب رد المغصوب هو ايجاب لتحمل نفقة الرد اذا كان محتاجاً الى نفقة، وهلم جراً ..

فمن هذا المبدأ الاصولي يتضح أن المنع الشرعي من تسليم المال الى صاحبه الناشيء قبل ايناس رشده يعتبر منعاً له من التصرف ؛ والا لم يكن لمنع المال عنه من فائدة، بل قد يكون عبثاً . وقد صرح علماء الأصول أنه : لا عبث في التشريع (ر : الموافقات للشاطبي ١٥٨/١).

٤٥٠ ــ هذا، ويجب أن يتنبه في هذا المقام الى أنه قد ترى للفقهاء نصوص تصرح بأن الانسان اذا بلغ عاقلاً انقطعت عنه الولاية، وكملت أهليته، ونفذ تصرفه وإقراره[1]. ولكن هذه النصوص الفقهية وأمثالها محمولة على ما اذا بلغ الشخص رشيداً . واطلاقهم النص في بعض المواطن انما هو اعتماد على التفصيل والتقييد المقرر في مواطن

(١) ــ من ذلك مثلاً ماقدمنا نقله في الحاشية تحت الفقرة /١٣٣/ عن كتاب « جامع احكام الصغار » للاستروشني من « ان الصغير المميز لاتجوز وصيته الا اذا أجازها « بعد بلوغه » فان المراد : « بعد بلوغه رشيداً »

أخرى[1] (ر : المجلة / ٩٨١ــ٩٨٤و٩٨٩) .

٤٥١ ـــ تحديد سن الرشد : معناه وثمرته

معنى تحديد سن الرشد :أن ينصب حد في عمر الشخص ينتهي فيه الحجر الطبيعي الذي يفرضه الشرع حكماً على الصغار الناشئين .

ولهذا التحديد ثمرتان :

١) ــ أنه لا يقبل عندئذ من الشخص أن يثبت رشده قبل هـذا الحد ،ولو كان بالغاً فعلاً أو حكماً .

٢) ـــ ان الشخص الذي يبلغ سن الرشد المحددة ، وهو سليم العقل

---

(١) ــ قال الاستاذ المحقق الشيخ احمد ابراهيم في رسـالة « الاهلية » ص / ١٧ - ٠٨ / مانصه :

« وقد اتفقت كلمة الفقهاء على جعل مناط التـكليف البلوغ ، سواء أكان بالسن أم بالعلامات ؛ وبه تنتهي **الولاية على النفس والمال جميعاً** ، ويتوجه **الخطاب الشرعي كاملاً** ،لكن لاحظت بعض الدول في البلاد الاسلامية ، كالدولة المصرية، أن من المصلحة ألا يعجل اعطاء الصغير ماله بمجرد بلوغه الشرعي ، بل لابد من الانتظار حتى يبلغ أشده ، كما انهم رفعوا سن التمييز على حسب ماتراءى لهم من مقتضيات المصالح . » **اقول** : ان هذا مبني على عدم التفريق بين التكليف الشرعي واهلية التصرف ، بناء على مايوهمه اطـلاق بعض نصوص الفقهاء في بعض المواطن كما نبهنـا عليه ، وهو خلاف الواقع الذي يتجلى من انعام النظر في كلام الفقهاء . =

(أي غير مجنون ولا معتوه) يعتبر عندئذ كامل أهلية التصرف حكماً، فيرفع عنه الحجر الشرعي ويتحرر من الولاية التي كانت عليه دون حاجة الى اثبات رشده[1] .

هذا مفهوم تحديد سن للرشد ، وثمرة هذا التحديد في الأحكام .

٤٥٢ ـ هل للرشد سن محددة في الشرع الاسلامي ؟

الشريعة الاسلامية ـ وهي شريعة إنما جاءت لتكون مبادئها خالدة

= وان دعوى اتفاق كلمة الفقهاء على ذلك غير مسلمة . فقد نقل الاستاذ نفسه في الحاشية رأي ابي حنيفة في انتظار سن الرشد الى سن الخامسة والعشرين لاجل تسليم المال ؛ ورأي جمهور الفقهاء مع صاحبي ابي حنيفة في انتظار الرشد مهما بلغت سن الانسان غير الرشيد ، كما سنرى قريباً ، وهذا مايدل عليه النص القرآني الذي سلف بيانه وعليه العمل . فما ذهبت اليه قوانين تلك البلاد الاسلامية مبني على هذه الاجتهادات الصريحة .

والذي يجلي الشبهة هو ماجرينا عليه من تقرير الانفكاك في الثبوت بين **التكليف الشرعي واهلية الاداء المدنية** : أي اهلية التصرف المالي .

فالتكليف يثبت عند البلوغ لأنه يعتمد قدراً من القدرة الجسمية ومن المدارك الطبيعية كافياً لفهم الخطاب الشرعي والتمييز بين الخير والشر .

أما أهلية التصرف المالي فتعتمد على خبرة عملية في ادارة المال وحفظه فوق تلك المدارك الطبيعية . فلذا تتوقف على الرشد بمعناه الذي شرحناه .

وبذلك ينجلي الموضوع ، وتتوافق النصوص ويندفع كل إشكال .

(١) ـ كما في تحديد سن البلوغ ، اذ يعتبر من يتم الخامسة عشر بالغاً حكماً دون حاجة الى اثبات بلوغه فعلا (ر : ف / ٤٤٦) .

قابلة للتطبيق في كل زمان ومكان ـ لم تأت بتحديد سن للرشد ، لأن زمن الرشد يختلف تبعاً لفطرة الشخص ، كما يختلف باختلاف البيئات والأوضاع الاجتماعية والاقتصادية العامة ، وبحسب العلم والتربية والأخلاق العامة .

على أن نصوص الشريعة ودلائل أحكامها تدل على أنه : **لا يعتبر رشد قبل البلوغ** . فالبلوغ شريطة مبدئية كنقطة ارتكاز للانتقال من طور القصور الى طور الرشد . وقد يصاحب الرشد البلوغ وقد يتخلف عنه . فتتبع دلائل وجود الرشد اعتباراً من البلوغ . ولذا جاء نص القرآن في هذا المقام بمبدأ عام ثابت وهو ربط كمال أهلية الشخص بإيناس رشده بعد البلوغ كما تقدم ، في قوله تعالى :

« وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » .

أما تحديد سن لهذا الرشد فتركته الشريعة لولاة الأمر بحسب مقتضيات الزمن والسياسة الشرعية في المصالح المرسلة .

ومن ثم اختلفت الاجتهادات في مدى انتظار الرشد : فذهب أبو حنيفة الى انتهاء الولاية المالية على الشخص واطلاق التصرف له بمجرد بلوغه ، ولو سفيهاً متلافاً . لكن أمواله اذا بلغ سفيهاً يؤخر تسليمها إليه على سبيل الاحتياط والتأديب عملاً بظاهر النص القرآني في عدم

تسليمه ماله حتى يرشد ، ولكنه لا ينتظر أكثر من تمام الخامسة والعشرين من عمره . فاذا أتمها يسلم اليه ماله ولو ظل سفيهاً . ولا يجوز في نظره الحجر على الكبير إلا بسبب العته أو الجنون ، لأن في سلب أهلية الانسان الحر العاقل ضرراً معنوياً بكرامته يفوق ضرره المالي الذي يراد اتقاؤه بالحجر عليه .

ولكن جمهور الفقهاء وصاحبي أبي حنيفة قد ذهبوا الى خلاف ذلك ، فقرروا وجوب استمرار الولاية المالية على الشخص اذا بلغ غير رشيد حتى يؤنس منه الرشد دون تحديد سن معينة للانتظار ، وفقاً لظاهر النص القرآني السالف البيان ، بحجة أن منع ماله عنه يستلزم حجره عن التصرف القولي فيه كما تقدم ، وإلا لم يكن لحبس المال عنه فائدة .

وقرروا أيضاً وجوب اعادة الحجر عليه بحكم قضائي اذا ظهر منه سفه وتبذير بعد الرشد ، معتبرين أن ضرر السفه عام لا خاص .

قال أبو بكر الجصاص :

« إن ضرر السفيه يسري الى الكافة ، فانه إذا أفنى ماله بالتبذير صار وبالاً وعيالاً على الناس وبيت المال » .

وهذا هو الراجح في المذهب الحنفي نفسه ، وعليه العمل والمجلة . غير أن أبا يوسف يشترط لحجر السفيه أن يقضي به القاضي ولو كان سفهه أصلياً منذ البلوغ . (ر : المجلة /٩٥٨ و ٩٨١ ـــ ٩٨٤/ ، وكتاب

الحجر في رد المحتار ٥/ ٩٤ ــ ٩٥/ وفي غيره من الكتب الفقهية ، وكشف الأسرار شرح أصول البزدوي ٤/٣٧١ - ٣٧٤) .

٤٥٣ ــ تحديد سن الرشد في القوانين :

كان في التشريع الروماني سن محددة للرشد الذي يخرج به الانسان من نطاق الحجر الطبيعي القانوني ، ويتمتع فيه بأهلية التصرف كاملة . وكانت لديهم هذه السن في بداية الأمر أربع عشرة سنة في الذكور ، واثنتي عشرة في الاناث (أي سن البلوغ الفعلي تقريباً) ، لأن الأخلاق كانت ساذجة ، وروابط الأسرة ومراقبتها قوية الاحاطة بالناشئين . فلا حاجة للإبطاء في منحهم الأهلية الكاملة .

فلما ازدحم المجتمع ، وتشعبت الأعمال ، وطغت الاطماع وضعفت روابط الأسرة ، ظهرت للتعجيل بمنح الأهليـة مضار اضطرتهم الى تأخيره حتى سن الخامسة والعشرين .

وبعض الشرائع القانونية الحديثة حددت سن الرشد بتسع عشرة سنة ، وبعضها بإحدى وعشرين . واختار القانون المصري سابقاً ثماني عشرة سنة . ثم رفعت الى إحدى وعشرين (ر : شرح القانون المدني المصري القديم للأستاذ فتحي زغلول باشا ص/٢٨) .

٤٥٤ ــ ومن الواضح أن رفع سن الرشد الى حد معين بعد

البلوغ هو اليوم مما تقتضيه المصلحة فقد تعقدت المعاملات وإجراءاتها، وتشعبت كثيراً ، وتدهورت الأخلاق العامة ، وكثر تفنن المحتالين في سلب أموال النـاس . فأصبح لا بد من زيادة الاحتياط في حماية الناشئين ، وصيانة ذممهم وأموالهم ، بتحديد سن الرشد في حد مرتفع. وهذا لا ينافي الشريعة الاسلامية الحكيمة ، بل يوافق مبادئها وفقهها في رعاية المصالح كل الموافقة .

(ر : رسالة الأهلية للأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم ص/٢١) .

سن الرشد القانونية في سورية

٤٥٥ ـ (أ) ـ قبل القانون المدني الجديد

في سنة /١٢٨٨/ هـ من العهد العثماني صدرت ارادة سلطانيـة سنية تمنع القضاة من سماع دعوى الرشد واثباتها ممن لم يتم العشرين من عمره، نظراً للمصلحة الزمنية التي توجب رفع سن الرشد الى حد تتوافر فيه الخبرة في الشؤون المالية[1] .

ثم صدرت مجلة الأحكام العدلية بالارادة السلطانية المؤرخة في ٢٣ من شعبان سنة ١٢٩٣ هـ ، فأجازت المواد /٩٨١ ـ ٩٨٣/ منها للصغير اذا بلغ أن يثبت رشده منذ بلوغه ، وحينئذ يسلمه الوصي أمواله .

---

(١) ـ ترى هذه الارادة السنية في شرح المادة /٩٨٣/ من المجلة من شرح العلامة علي حيدر وشرح الاستاذ سليم رستم الباز (الطبعة الثانية) .

وقد جرت المجلة في ذلك على أصل الحكم الشرعي ،لأن اللجنة التي كلفت وضعها إنما مشت على تقنين الأحكام الشرعية الأصلية بناء على الاجتهاد الحنفي ، تاركة أمر المصالح للأوامر السلطانية .

٤٥٦ ـ وبذلك نسخت المجلة حكم الارادة السلطانية السابقة في تحديد سن الرشد بعشرين عاماً ، ورجعت به الى حد البلوغ الطبيعي ، ولكنها لم تجعل البلوغ قرينة شرعية (قانونية) كافية لاعتبار الشخص رشيداً الى أن يثبت سفهه ويقضى عليه بالحجر ، بل جعلت الشخص بالبلوغ قابلاً لأن يكون رشيداً . فعليه إثبات رشده ليصبح كامل الأهلية .

ثم صدر في ٤ من ربيع الأول سنة/١٣٢٤ هـ نظام ادارة أموال الأيتام (الذي لا يزال بعض أحكامه نافذاً في سورية الى اليوم) فنصت المادة/٥٩/ منه على أنه :

« بعد أن يكمل الأيتام سن العشرين تنظم المحكمة الشرعية حجة بذلك ، وتبرز لمديري الأيتام . وبعد إجراء المعاملة اللازمة تسلم إليهم أموالهم التي في الصندوق » ...

وهذا كما ترى عودة قانونية من السلطان العثماني الى تحديد سن الرشد بالحد الذي كانت قررته الارادة السنية السلطانية سنة ١٢٨٨ هـ وهو تمام العشرين عاماً ذلك لأن التعبير القانوني « بتسليم المال الى

الأيتام بعد إكمالهم عشرين عاماً » أو « بعدم تسليمهم أموالهم قبل هذه السن » يستلزم نفي إمكان رشدهم قبلها ، ويساوي التعبير « بعدم كمال أهليتهم قبل سن العشرين » .

فقد أسلفنا أن منع تسليم المال الى صاحبه الناشىء قبل إيناس رشده يستلزم منع نفاذ تصرفاته القولية (ر : ف/٤٤٩) . ولا يعقل في المنطق التشريعي خلاف ذلك ،وإلا استطاع الشخص أن يتصرف بجميع أمواله ويبددها بكلمتين عن طريق التعاقد أو الاقرار ، فلا يكون عدم تسليمها إليه مانعاً من إتلافه لها ، إذ يتسلمها غرماؤه الدائنون له بدلاً منه[1] .

---

(١) — اثناء الطبعة الثالثة من هذا الكتاب اطلعت على ما كتبه الاستاذ المحامي الدكتور صبحي المحمصاني من بيروت عن الاهلية في الجزء الثاني من كتابه القيم الذي ظهر حديثاً باسم « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية » ونقلته عنه المجلة القضائية البيروتية في العدد الثالث من السنة /٢٨/ فاذا به يقرر انفكاك التلازم بين كمال اهلية التصرف وتسليم المال : فانه بعد ان حكى اختلاف الاجتهادات في ارتفاع الحجر عن الصغير بمجرد البلوغ أو بظهور الرشد بعد البلوغ ، نقل ماجاء في المادة /٩٨٢/ من المجلة ونصها :

« اذا بلغ الصبي غير رشيد فلا تدفع اليه امواله مالم يتحقق رشده » ويمنع من التصرف » .

ثم قال مستنتجاً :

« فاذن يرتفع الحجر عن الصغير بالبلوغ ، إلا ان يحجر عليه القاضي=

٤٥٨ – (ب) – بعد القانون المدني الجديد :

جاء القانون المدني السوري الذي صدر سنة ١٩٤٩ م ونحن نجدد طبع هذا الكتاب ، فحددت المادة/٤٦/منه سن الرشد بتمام ثماني عشرة

اذا استبان عدم رشده ، ولكن امواله لاتدفع اليه الابعد ثبوت الرشد . فالاهلية شيء وتسليم المال شيء آخر) .

(ر : الكتاب المذكور ج ٢ ص /١١٣ – ١١٤) .

وقد سبقته الى هذا الفهم محكمة التمييز السورية بقرارها المؤرخ في ١٤ من شهر شباط /١٩٣٣ م ، فنقضت به حكما للمحكمة الشرعية يقضي برد دعوى اثبات الرشد لعدم إكمال المدعي سن العشرين ، وعللت النقض بمثل هذا التعليل !!

وبما اسلفنا بيانه يظهر الخطأ جلياً في هذا الفهم ، لانه مبني على انفكاك التلازم بين حجر المال وحجر التصرف فيه ، وكذا بين كمال الاهلية والرشد ؛ بحيث يعتبر الشخص كامل الاهلية بمجرد البلوغ ولكن يحبس عنه ماله حتى يثبت رشده ، على اساس ان تسليم المال تابع لثبوت رشده وان الرشد غير كمال الاهلية !

وشبهة الاستاذ المحمصاني في هذا ناشئة من نص المادة /٩٨١ من المجلة ، ونصه كما نقله في مطلع بحثه هو كما يلي :

« لاينبغي ان يستعجل في اعطاء الصبي ماله عند بلوغه ، بل يجرب بالتالي ، فاذا تحقق كونه رشيدا تدفع حينئذ اليه امواله » .

ولايخفى ان معنى هذه المادة هو انه لايعتبر الصبي رشيداً كامل الاهلية بمجرد بلوغه بل تجب تجربته واختباره ، وليس معناها أنه يمنع عنه ماله رغم اعتباره بمجرد البلوغ رشيداً كامل الاهلية .

سنة شمسية كاملة[1] ، وصرحت بأن كل شخص متى أتمها وهو متمتع بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه حجراً قضائياً ، فانه يصبح « كامل الاهلية لممارسة حقوقه المدنية » .

وقانوننا بهذا التحديد قد خالف أصله المنقول عنه وهو القانون المصري الجديد الذي حافظ على ما كان في التقنين المصري القديم من تحديد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة .

ووجهة النظر في إنزال قانوننا السوري سن الرشد الى الثامنة عشرة هي أن هذه السن ، بمقتضى قانون الموظفين العام لدينا ، تؤهل الشخص لتولي الوظائف العامة في الدولة فلا يعقل أن يتولى شخص عملاً من أعمال الدولة العامة وهو لا يزال قاصراً محجوراً عن التصرف في حقوقه وأمواله الخاصة .

وأخيراً صدر في سورية قانون الأحوال الشخصية الجديد سنة (١٩٥٣) م فأقرت المادة /١٦٢/ منه تحديد سن الرشد بثماني عشرة سنة شمسية كاملة ، وفقاً للقانون المدني .

---

(١) — يعبر القانون المدني هنا وفي جميع المواطن الاخرى عن السنة الشمسية بلفظ « سنة ميلادية » وهو تعبير غير صحيح ، لان لفظ (ميلادية وهجرية) انما يدل لغة على مبدأ الحساب السنوي للتاريخ ، لا على نوع السنة من كونها شمسية أو قمرية . وان كان الواقع ان التاريخ الميلادي المسيحي محسوب بالسنة الشمسية ، والتاريخ الهجري الاسلامي بالسنة القمرية ، لان هذا الواقع مصادفة لا لغة .

٤٥٩ — هل يحتاج التحرر من الولاية بعد سن الرشد الى دعوى وقضاء

ويجب أن يلحظ في هذا المقام أنه بمقتضى نص المادة (٤٦) المذكورة من القانون المدني السوري والمادة (١٦٣) من قانون الأحوال الشخصية الجديد يعتبر الرشد ثابتاً للشخص حكماً وتكمل أهليته للتصرف، وينحرر من تحت الولاية أو الوصاية، بمجرد إتمامه الثامنة عشرة من عمره وهو سليم العقل، دون حاجة الى ادعاء وقضاء بهذا التحرر.

فالشخص الناشىء يكون محجوراً لقصوره حجراً طبيعياً بحكم القانون، فيتحرر في سن الرشد تحرراً عفوياً أيضاً بحكم القانون لزوال الموجب، ما لم يكن مختل العقل، أو يلق عليه حجر قضائي قبل ذلك بسبب آخر (كالسفه) يمنعه من هذا التحرر.

فالأصل ارتفاع الحجر الشرعي الناشىء عن القصور بمجرد بلوغ سن الرشد ما لم يمنع من ذلك مانع.

وهذا هو المعقول خلافاً لما كان عليه التعامل في الدوائر القضائية والعقارية لدينا قديماً من أنه يشترط لتحرر الشخص من الولاية أو الوصاية، ولتسليمه أمواله بعد بلوغه سن الرشد، أن يثبت رشده أمام القضاء ويقضى له بذلك.

ولكن محكمة التمييز السورية في اجتهادها الأخير قد ردت هذه القضية الى جادة الصواب، فقررت أن الحجر الطبيعي الناشىء عن

الصغر يرتفع بالكبر ، ويملك الشخص كمال أهلية التصرف دون حاجة الى ادعاء وقضاء[1] .

أما إذا بلغ الشخص سن الرشد مجنوناً أو معتوهاً فان الحجر الطبيعي الذي كان فيه بسبب الصغر يستمر في تشريعنا السوري دون حاجة الى حجر قضائي جديد . وهذا مقتضى المادة (٤٦) من القانون المدني الجديد ، والفقرة الرابعة من المادة (١٦٣) من قانون الأحوال الشخصية الجديد[2] .

(١) - على ان اشتراط الادعاء والقضاء لاجل التحرر من تحت الحجر والوصاية الناشئين عن الصغر يؤدي الى نتيجة غريبة ، فان الشخص الذي لا يطلب إثبات رشده أمام القضاء قد يبلغ الشيخوخة ويصبح من اقطاب العلم أو السياسة وهو في نظر دوائر الدولة قاصر محجور

(٢) - المادة /١١٥/ من القانون المدني السوري تعتبر المجنون والمعتوه اهلا للتعاقد قبل أن يحجر عليهما حجراً قضائياً ويشهر الحجر وفقاً للاجراءات الرسمية للشهر ، الا أن تكون حالة الجنون أو العته شائعة عنهما وقت التعاقد ، أو يكون المتعاقد معهما على علم بها .

والمادة / ١١٥ / هذه فيها تقييد لاطلاق المادة / ٤٦ / التي تشترط لتمتع الشخص بكمال الاهلية أن يكون قد بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، فان المفهوم المخالف لهذا النص ان الشخص اذا بلغ سن الرشد غير متمتع بقواه العقلية لا يكون كامل الاهليه .

وبذلك يكون حكم المادة / ١١٥ / من القانون المدني غريباً ، لأنه يقضي بصحة عقود المجنون والمعتوه قبل الحجر القضائي عليهما رغم ثبوت الجنون أو العته =

وهذا بخلاف مالو بلغ الشخص سن الرشد وهو سليم العقل ، لكنه سفيه مبذر لماله ، فانه يعتبر كامل الاهلية مـــالم يحجر عليه قضائياً للسفه .

ومتى كان الحجر قضائياً محكوماً به على الشخص الكبير ، سواء أكان ذلك بسبب جنون أو عته طارئين بعد الرشد ، أو بسبب السفه فان الحجر القضائي السابق لا يرتفع ولا يعود للشخص كمال أهليـة التصرف إلا بحكم قضائي مبني على زوال سبب الحجر السابق .

(ر : قرار محكمة التمييز السورية الصادر في ٨ نيسان/١٩٣١/رقم/٣٧) .

=وقت التعاقد .

لذلك جاءت المادة /١٦٣/ من قانون الأحوال الشخصية الجديد الصادر بعد القانون المدني لدينا مصرحة باستمرار الولاية على من بلغ سن الرشد مجنوناً أو معتوهاً دون حاجة الى حكم قضائي ، ولم تشترط أن يكون جنونه أو عتهه شائعاً . فكانت بذلك ناسخة للقيد الوارد في المادة /١١٥/ المذكورة ومتفقة مع اطلاق المادة /٤٦/ من القانون المدني .

الفصل الثاني

عوارض الأهلية

٤٦٠ ـ إن جميع ما تقدم من مراحل الأهلية وقواعدها وأحكامها بحسب أطوار نشأة الانسان إنما هو بناء على الحالة الطبيعية التي يكون فيها الشخص سليم النشأة .

غير أنه قد يطرأ على الأشخاص عوارض جسمية أو عقلية ، كمرض الموت ، والجنون ، يعتبر لها في أهليتهم تأثير كلي ، أو تأثير جزئي ينقص منها نقصاً تتفاوت درجاته بحسب نوع العارض وطبيعته .

هذه العوارض يقسمها علماء أصول الفقه الى قسمين : سماوية ، ومكتسبة .

فالعوارض السماوية : هي ما ليس للشخص اختيار في ايجادها.
والمكتسبة : هي ما يكون له في تحصيلها اختيار[1] .

---

(١) ـ ليس لهذا التقسيم ثمرة تنشأ عنه في الأحكام ، وانما هو فيما يظهر لمجرد الترتيب .

ويعد من العوارض السماوية ستة عوارض : الجنون ، والعته ، والاغماء ، والنوم ، ومرض الموت ، والرق .

ويعد من العوارض المكتسبة : السكر والسفه .

ونحن نضيف على هذه العوارض المكتسبة عارضاً آخر هو المديونية بدين مستغرق ، أو الافلاس[1] .

والفرق بين العته والجنون أن العته ضعف في العقل ينشأ عنه ضعف في الوعي والادراك ، أما الجنون فهو اختلال في العقل ينشأ عنه اضطراب أو هيجان .

وقد اختلفوا في العته والجنون : هل هما درجتان متفاوتتان من جنس واحد ، أو هما حقيقتان مختلفتان ؟ وعلى كل يتميز المعتوه عندهم بالهدوء في أوضاعه بالنسبة الى المجنون[2] . (ر : أصول فخر الاسلام

(١) ان فقهاءنا لم يكونوا يذكرون هذه المديونية بين عوارض الاهلية، لأن الدين ، ولو مستغرقاً ، لم يكن يعتبر في أصول المذاهب والنظريات الفقهية مانعاً من تصرف المدين بأمواله . ثم أفتى المتأخرون بأنه مانع ، كما سلفت اشارة اليه في الفقرتين (١٧ و ١٩٤/٤) وسنوضحه هنا قريباً . فلذا وجب عده الآن من عوارض الاهلية .

(٢) – المبدأ العام في المجنون أنه يعتبر كالصغير غير المميز في جميع أحكامه أما المعتوه فقد اعتبره الاجتهاد الحنفي في حكم الصغير المميز ، فتخضع تصرفاته للتفصيل بحسب التقسيم الثلاثي المتقدم في طور التمييز (ر: المجلة/٩٧٩ ٩٨٠) لكن الاستاذ الشيخ أحمد ابراهيم رحمه الله حقق في رسالة الأهلية وقرر أن=

البزدوي وشرحه الكشف : ٤ ص ٢٧٤ ـــ ٢٧٥ ، وردالمحتار في كتاب الحجر ، ورسالة الأهلية للأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم ص/٢٣ ـ ٢٧) .

٤٦١ ـــ في أي الاهليتين تؤثر هذه العوارض ؟

قدمنا فيا سلف من مباحث الأهلية أن أهليـة الوجوب مناطها الصفة الانسانية دون العقل . فلكل شخص منذ ولادته أهلية وجوب كاملة يصلح بمقتضاها لثبوت الحقوق له وعليه ، وللجنين في رحم أمه أهليـة وجوب ناقصة يصلح بمقتضاهـــا لثبوت بعض الحقوق له لا عليه (ر : ف/٤١٦ ـ ٤١٧) .

أما أهلية الأداء فمناطها العقل . فلذا لا تبدأ في الشخص حتى يصبح له تمييز .

يتضح من ذلك أن هذه العوارض ينحصر تأثيرها في أهلية الأداء دون أهلية الوجوب ، لأن هذه العوارض مهما كان لها في حالة الشخص وفي ملكاته العقلية من تأثير لا تسلب عنه الصفة الانسانية ، ولا تجعله أدنى حالة من الطفل الوليد .

وإن لكل عارض من عوارض الأهلية تأثيراً خاصاً تنشأ عنـه أحكام استثنائية لتصرفات الأشخاص الذين يعتريهم العارض ، تستثنى

= المعتوه على درجتين : مميز ، وغير مميز ، وان هذا الثاني كالمجنون في الأحكام (ر: رسالة الاهلية ص/٢٦) وعلى هذا جاءت المادة /٤٧/ من القانون المدني الجديد .

من الأحكام الشرعية العامة التي تسري على سواهم :

فبعض هذه العوارض يزيل أهلية الأداء بتاتاً ، كالجنون وبعضها ينتقص منها ، ويتركها قاصرة الحدود ، كمرض الموت .

والمبدأ العام في تأثير كل من هذين النوعين من عوارض الأهلية هو أن العارض المزيل للأهلية يرد الشخص الى نظير طور الطفولة السابق ، وأن العارض المنقص يرد الشخص الى نظير طور التمييز ، فتثبت له أحكام المميز .

٤٦٢ ــ هذا تعريف وتقسيم وعرض إجمالي لعوارض الأهلية .

أما تفصيل آثار كل من هذه العوارض وأحكامه فانه يخرج عن غرض بحثنا هنا وهو مبسوط في كتب أصول الفقه وفروعه: فتذكرها كتب الأصول في بحث الأهلية وعوارضها من مباحث «المحكوم عليه»[1]: وهو الشخص المكلف المخاطب بالأحكام الشرعية. وتذكرها كتب الفروع متفرقة بمناسباتها المختلفة في الأبواب الفقهية ، كما في كتاب الطهارة ، والصلاة ، والطلاق ، والحجر ، وغيرها .

وقد تكفل أيضاً العلامة زين العابدين ابن نجيم ببيان كثير منها في «فن الأحكام» من كتابه « الأشباه والنظائر » ، وهو الفن الثالث منه .

---

(١) ــ الشخص في اصطلاح أصول الفقه الاسلامي يوصف بأنه **محكوم عليه** لأنه خاضع للأحكام الشرعية الالزامية التي يلزمه بها الشارع **الحاكم** .

على أننا سنخصص من هذه العوارض عارضين بشيء من الايضاح فيما يلي ، وهما : مرض الموت من العوارض السماوية ، والمديونية من العوارض المكتسبة :

٤٦٢/٢ — مرض الموت : تعريفه ونظريته .

تعريفه :

مرض الموت : هو المرض الذي يعجز الرجل عن ممارسة أعماله المعتادة خارج البيت ، ويعجز المرأة عن أعمالها المعتادة داخل البيت ، ويتصل به الموت دون أن يستمر سنة كاملة على حال واحدة من غير ازدياد .

فلا فرق بين أن يلزمه الفراش أو لا .ولا فرق أيضاً بين أن يموت الانسان من نفس المرض أو يموت بسبب آخر في خلال المرض .

فلو لم يتصل به الموت ، بل شفي منه ثم مات ، لا يكون المرض السابق مرض موت بل حكمه كحكم الصحة .

وكذا لو استمر سنة فأكثر على حال واحدة لا يتزايد، فانه عندئذ يعتبر حالة مزمنة حكمها كحكم الصحة .أما اذا كان يتزايد ولو تزايداً بطيئاً خفيفاً فانه يعتبر مرض موت من أوله ولو دام سنين كثيرة .

وإذا استمر سنة فأكثر دون تزايد ، ثم تزايد ، واتصل به الموت اعتبر مرض موت من تاريخ اشتداده (المجلة : ١٥٩٥) .

ويلحظ في الاصطلاح الشرعي أنه حيثما أطلق الفقهاء لفظي «المريض والصحيح» فإنما مرادهم بالمريض: من هو في مرض الموت، وبالصحيح: من ليس في مرض الموت، سواء أكان غير مريض أصلاً أو مريضاً بغير مرض الموت. فهم عند الاطلاق إنما يريدون المرض والصحة الشرعيين اللذين تختلف بينهما الأحكام، لا معناهما اللغوي.

وهذا من قبيل اطلاق الأعم على الأخص في «المريض» واطلاق الأخص على الأعم في «الصحيح».

نظرية مرض الموت :

ان النظريه الشرعية في مرض الموت ترتكز على اعتبار ان هذا المرض انذار بحادثة الموت التي تنتهي بها الشخصية والأهلية، ويرتب الشرع عليها أحكاماً جديدة: منها الارث، وحلول الديون التي على الميت اذ ينتقل تعلقها من ذمة المدين الى أمواله لخراب ذمته بالموت، فتصبح تركته كالمرهونة شرعاً بالديون.

فمرض الموت مقدمة إنذارية لنتيجتين حقوقيتين: سلبية وايجابية سيكون حادث الموت المنذر به سبباً لهما:

— فهو مقدمة لزوال شخصية المريض وانسلاخ أهليته وملكيته.

— وهو ايضاً مقدمة لثبوت الحقوق العينية في أموال المريض لمن

ستنتقل اليهم هذه الاموال بعد موته من دائنين او ورثة . ففي مرض الموت بدء ذاك الزوال وهذا الثبوت معاً ؛ صيانة للحقوق التي اثبتها الشرع فى التركة لهاتين الزمرتين (الدائنين ، والورثة) .

وينشأ عن ذلك ان الديون تصبح متعلقة بمال المريض وذمته جميعاً ، بعد ان كانت متعلقة قبل المرض بذمته فقط ، وذلك لعجزه عن السعي والاكتساب ، فتضعف ذمته ، فيضم اليها ماله توثيقاً .

والشرع قد أطلق للانسان ان يتصرف بثلث ماسيتركه من مال ، تصرفاً مضافاً الى مابعد موته بالوصية ونحوها فيمايشاء من وجوه الخير التي يبتغي بها ثواب الآخرة .

وقد ألحق الشرع حالة المرض الاخير من هذه الناحية بالموت . فالتصرف فيها بالتبرع وما في حكمه ، ولو منجزاً ، يعتبر كالتصرف المضاف الى مابعد الموت .

فمن هنا يعتبر المريض بمرض الموت محجوراً بالنسبة الى الدائنين حجراً عاماً مطلقاً غير مقيد بحد محدود من ماله ؛ ومحجوراً بالنسبة الى الورثة حجراً محدوداً بثلثي ماله .

وعلى هذا ، فالمريض بمرض الموت إما أن يكون مديناً أو غير مدين :

أ) ـ فاذا كان المريض مديناً بدين مستغرق (أي محيط بكل ماله) فانه يكون محجوراً عن كل تبرع أو وقف باتفاق الفقهاء . فاذا تبرع بأي صورة كانت ولو بطريق البيع بثمن بخس (أي بمحاباة في الثمن) ، أو وقف شيئاً من أمواله ، كان تصرفه غير نافذ ، بل يتوقف على اجازة الغرماء الدائنين : فان رفضوه بطل ، وإن أجازوه نفذ .

وإن كان دين المريض غير مستغرق فان للورثة وللوصية عندئذ مايزيد عن وفاء الدين . فينفذ تبرع المريض كما تنفذ وصيته في ثلث الباقي بعد وفاء الدين . فان زاد تبرعه على ثلث الباقي توقف الزائد على اجازة الورثة .

ب) ـ واذا كان المريض غير مدين فان تبرعاته جميعاً ، من هبة أو وقف أو وصية أو غير ذلك بأي أسلوب كان تراعى فيها قاعدتان يجب تطبيقهما معاً :

الاولى) ـ أن تبرع المريض بمرض الموت مقيد نفاذه بثلث ماله . ففيما يزيد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة .

الثانية) ـ ان تبرع المريض لأحد ورثته لاينفذ ، بل هو موقوف على اجازة باقي الورثة مهما قل مبلغه ، سواء أكان يخرج من ثلث التركة أم لا . وذلك لقول الرسول عليه السلام بعد نزول آية المواريث :

« ألا ان الله قد فرض لكل ذي حق حقه ، ألا لا وصية لوارث »

وهذا الحكم من قبيل سد الذرائع الذي تقدم إيضاحه في بحث الاستصلاح (ف ٢/٢٧) ، كي لا يتخذ من طريق الوصية لأحد الورثة سبيل لتفضيله على غيره في الحصة الارثية ، فتزرع بذلك أحقاد دائمة بين أفراد الأسرة .

٤٦٢/٣ – المديونية :

الديون التي تركب الشخص مهما كان مبلغها ، سواء أكانت مستغرقة لماله أم لا ، لم يكن لها في أصل النظر الفقهي لدى معظم فقهاء الشريعة تأثير في أهلية المدين للتصرف بأمواله .

وذلك لأن الديون إنما تتعلق بذمة المدين[1] لا بعين ماله . فيبقى ماله حراً غير مثقل لأحد . فتبقى أهليته للتصرف فيه كاملة غير منقوصة ، فتنفذ تصرفات المدين في جميع أمواله . والانسان بفعاليته الاقتصادية قد ينمي ما تحت يده من مال بحسن الاستثمار والتصرف ، فيفي ديونه ويبني ثروة ، وينقلب من إفلاس إلى ثراء .

وسيأتي مزيد بسط وتعليل لهذا النظر الفقهي في الجزء الثالث من هذه السلسلة الفقهية تحت الكلام على نظرية « الذمة » .

(ر : فتح القدير شرح الهداية للكمال بن الهمام في كتاب الوقف

---

(١) – تقدم بيان معنى « الذمة » فلينظر (ف/٤١٠) .

٤٢٤/٥ ، والاسعاف باب ألفاظ الوقف وأهله ومحله، ورد المحتار ٣٩٥/٣) .

لكن الناس ، على تمادي الزمن ، اتخذوا من هذا الحكم منفذاً للاحتيال ، وذريعة يلجأ اليها المدينون لتهريب أموالهم ، مستفيدين من هذا الحق في التصرف . فأصبح المدين بدافع الكيد للدائن يقف أمواله على جهات خيرية أو على ذريته ومن بعدهم على جهة خيرية ، أو يهب أمواله لمن يثق بهم من أقاربه أو أصدقائه ، أو يبيع أمواله بثمن بخس يحابي فيه المشتري . كل ذلك لكي يخرج أمواله عن ملكه الى من يثق بهم كي يمنع الدائن من تحصيل دينه .

فلما لحظ المتأخرون من الفقهاء ذلك اتجهوا الى سد هذه الذريعة ، فأفتوا بأن المدين بدين مستغرق ، ولو كان غير محجور عليه من قبل القاضي ، إذا تصرف تصرفاً يؤدي الى تهريب أمواله من وجه الدائنين ، كما لو وهب ووقف أمواله كلها أو بعضها ، فان تصرفه لا يكون نافذاً بل يتوقف على رضا الدائنين ، صيانة لحقوقهم فان أجازوه نفذ ، وان رفضوه بطل .

ومعنى هذا أن المديونية أصبحت تنتقص من أهلية التصرف في المدين ، وتجعله محجوراً حجراً عفوياً كالصغير المميز . وبذلك أصبحت المديونية عارضاً من عوارض الأهلية .

بهذا أفتى المتأخرون من فقهاء المذهب الحنبلي استحساناً على خلاف القواعد القياسية التي كان عليها الحكم في أصل المذهب (ر : القواعد لابن رجب تحت القاعدة ١١ ص ١٤) .

ثم تبعهم في هذا الافتاء فقهاء المذهب الحنفي ، فأفتى المولى أبو السعود مفتي الروم بعدم نفاذ وقف المدين إلا فيما يزيد عن وفاء الدين من أمواله ، واستصدر بذلك أمراً سلطانياً وسجله في « معروضاته » وأقره فقهاء عصره ومن بعدهم[1] . (ر: ف/٧٠ و١٩٤/٣ النوع الرابع)

---

(١) – أبو السعود : هو محمد بن محمد العمادي من أهالي « اسكليب » ، وهي قرية من نواحي بلاد الروم . ولذا يلقب : **مفتي الروم** انتهت اليه في حياته رئاسة المذهب الحنفي في عهد السلطان سليم وسليمان ، وكان المفتي العام للدولة العثمانية ، وقاضي القسطنطينية وبروسة .

عاش محترماً معظماً مدة حياته . وكان يجتهد في بعض المسائل وله آراء انفرد بها ، وتبعه فيها فقهاء عصره فمن بعدهم . وله شعر جيد ، وتفسير للقرآن مشهور . توفي سنة /٩٨٢/ هـ (ر : شذرات الذهب لابن العماد في وقائع سنة /٩٨٢/ ج٨ص/٣٩٨) .

ومعروضاته المذكورة تتضمن ما أفتى به من هذه الآراء الجديدة ، مما فيه تقييد لنص مطلق ، أو تعديل لحكم فقهي اجتهادي بناء على اختلاف الزمان ومقتضيات المصلحة ، مما عرضه على السلطان فأصدر أمراً الى القضاة أن يعملوا به ، فصار له قوة القانون ، كقضية عدم نفاذ وقف المدين المذكورة (ر : ف /١٤٧ / آخر الحاشية /٢/ والدر المختار ورد المحتار كتاب الوقف ٣/ ٢٩٥) . ومعروضاته هذه مكتوبة باللغة التركية . =

ونرى أن فتواهم هذه بعدم نفاذ وقف المدين إلا في الجزء الزائد من أمواله عن وفاء الدين يدل على أن غير الوقف من التصرفات المضرة بحقوق الدائنين (كالهبة والبيع مع المحاباة في الثمن) حكمه كحكم الوقف في عدم النفاذ بطريق الأولوية . وإنما نص فقهاء الحنفية على الوقف لأنه هو الطريقة التي شاعت اذ ذاك في تهريب المديونين لأموالهم . فاذا شاع لجوء المديونين الى تصرفات تهريبية أخرى كالبيع والهبة ، كما في زماننا اليوم، شملها أيضاً حكم عدم النفاذ لأن العلة واحدة في الوقت وغيره . وهذا التعميم هو ظاهر نصوص المذهب الحنبلي والمالكي أيضاً[1] .

= وقد وضع العالم الالماني بولص هورستير Horster رسالة عن **الفقه الاسلامي** في القرن السادس عشر الميلادي **وعن معروضات** شيخ الاسلام - أبي السعود، ونشر هذه الرسالة باللغة الألمانية سنة / ١٩٣٥ / وقدمها لجامعة بون، وطبعت في مدينة « شوتكارد » (ر : كتاب « **تاريخ آداب اللغة العربية** » للعلامة بروكلمن الألماني في الأصل ج٢ ص/٨٥٠/ وفي الذيل ج٢ ص/٦٥١) .

(١) - الفقه الأجنبي الحديث قد أقر أيضاً هذا المبدأ الذي قرره الفقه الاسلامي فان الفقه الأجنبي يعتبر تصرفات المدين المعسر في أمواله للاضرار بحقوق الدائنين غير نافذة عليهم فلكل من الدائنين حق اقامة الدعوى بطلب عدم سريانها بالنسبة اليه . وبذلك جاءت المادة /١١٦٧/ من القانون المدني الفرنسي ويسمون هذه الدعوى بالدعوى البولصية : Action paulienne نسبة الى الذي قال بها . ويسميها القانونيون العرب : **دعوى عدم نفاذ التصرفات** . =

٤٦٣ – تنبيه :

اعتاد المؤلفون في أصول الفقه أن يـذكروا في جملة عوارض الأهلية حالات أخرى كثيرة غير التي ذكرناها هنا . فهم يضيفون على العوارض السماوية ، غير ماتقـدم ، خمسـة أُخرى هي : الصغر ، والنسيان ،والموت ، وفي النساء خاصة : الحيض ، والنفاس .

ويضيفون على العوارض المكتسبة أربعة أخرى هي : السفر ، والجهل ، والخطأ ، والهزل .

والباحثون المعاصرون الذين كتبوا في الأهلية ، كالأستاذ العلامة الشيخ أحمد ابراهيم رحمه الله، قد تابعوا هذا العرض التقليدي المأثور لنظرية الأهليات وعوارضها ، ونقلوا أحكام هذه الحالات الأخرى على أنها جميعاً من جملة عوارض الأهلية .

ولكننا نرى أن هذه الحالات التسع الأخرى لايصح أن تعد من

= ويقال :ان أصلها لديهم يرجع الى التشريع الروماني ، ثم تطورت بعدذلك الى أحكامها الجديدة في الفقه الاجنبي وقوانينه (ر : كولان وكابيتان : ج٢ ف / ٤٣٧) .

ولكن وجود هذه الدعوى في التشريع الروماني أصبح اليوم محل شك كبير لدى الباحثين المحققين (ر : « نظرية العقد » للاستاذ الكبير عبد الرزاق السنهوري ف /٧٢٩/ الحاشية) .

عوارض الأهلية في شيء ،وإن كان لها تأثير منعي في بعض التكاليف الشرعية ، وأحكام استثنائية .

فلذا طويناها واقتصرنا على ماذكرنا من الحالات ، لأنها هي وحدها التي يصح أن تسمى عوارض على أهلية الأشخاص[1] .

---

* (١) يحسن ان نوضح هنا في الحاشية ملاحظاتنا على كل من هذه الحالات التي طويناها ، ليظهر للقارىء أنها ليس فيها معنى عوارض الاهلية ، فلا يصح ان تحشر معها :

١) ـ **فالصغر** : هو الطور الطبيعي السابق من حياة كل انسان ، فهو من الأحوال الأصلية في موضوع الاهلية وليس من العوارض . وقد اعترض بعض علماء الاصول هذا الاعتراض وأجيب عنه بما لايقنع (ر : كشف الاسرار ج ٤ ص/٢٦٣) .

(٢) ـ **والنسيان** :حالة عادية تطرأ على الذاكرة ، وليس بآفة تعتري جسم الإنسان ولا عقله ولا وضعه الحقوقي . فهو لاينافي الأهلية في كثير ولا قليل ولا ينتقص منها ، ولكنه يعتبر معذرة شرعية تسقط المؤاخذة على اهمال بعض الواجبات الدينية او الشرائط ، رحمة بالناس ورفعاً للحرج لما ورد في الحديث النبوي : **« ان الله تعالى وضع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»** (: الجامع الصغير للسيوطي رقم /١٨٠٩/ وشرحه للمناوي) . وذلك كمن نسي الصلاة في وقتها فانه لايعتبر مهملاً لهـــا ، وكمن نسي ذكر اسم الله على الذبيحة فانها لاتحرم ، وكمن اكل في رمضان ناسياً فانه لايفطر .

٣و٤) ـ **والحيض والنفاس في النساء**: موانع شرعية تمنع ايجاب بعض العبادات الدينية التي تشترط لها الطهارة ؛ اوتمنع ممارستها. فالحائض والنفساء تتركان الصلاة والصيام ، ثم تقضيان ماتركتاه من صيام رمضان دون الصلاة .وكذلك تجتنبان=

=دخول المساجد وتلاوة القرآن؛الى غير ذلكمن احكام استثنائية اخرى .

لكن اهلية الوجوب واهلية الاداء بفرعيها الديني والمدني – أي اهلية التعبد واهلية التصرف – كاملة فيها :

- أما اهلية الاداء : فلأن مناطها العقل والوعي ؛ ولذا تثبت للصغير المميز في حدود قاصرة كما تقدم . وهذا العقل والوعي في الحائض والنفساء متوافر كامل ؛ فلا تأثير للحيض والنفاس في اهليتها للاداء .

- وأما اهلية الوجوب فكذلك متوافرة فيها بطريق الاولوية لأن مناطها الصفة الإنسانية دون توقف على عقل اوسن .

وعدم ايجاب الصلاة على الحائض والنفساء ، وتأخير الصيام عنها ، لايدل على معنى نقص الاهلية ، بل معناه عدم توافر الشرائط الشرعية للتكليف ، او عدم انتفاء موانعه ، بدليل ان الصغير غير المميز لاتجب عليه الفرائض التعبدية ولا تصح منه بينما ان اهلية الوجوب فيه كاملة منذ الولادة باتفاق الفقهاء كما تقدم ، لأن من شرائط ايجاب التكليف الشرعي البلوغ والعقل .

وقد قدمنا ان الاهلية انما تؤهل وتعد الشخص ، ولكنها لاتوجب ، لأن الإيجاب يتوقف على وجود سببه ، وتوافر شرائطه . وانتفاء موانعه (ر : ف/٤٣٠) .

فعدم ايجاب الحكم الشرعي وعدم صحة الفعل لايتعين ان يكونا ناشئين عن نقص في الاهلية ، بل قد يكونان ناشئين عن فقدان بعض الشرائط الأخرى أو عن وجود بعض الموانع الشرعية كما هنا . وفرق عظيم بين فقدان الاهلية أو نقصها ، وبين انتفاء الشريطة أو وجود المانع ؛ والا وجب أن تعتبر الجنابة أو النجاسة المانعة من صحة الصلاة عارضاً من عوارض الاهلية قياساً على الحيض الذي يمنع صحة الصوم ولا يسقطه ، وهذا غير مقبول ولا معقول . =

= والضابط في هذا التمييز ان ينظر الى طبيعة العارض : فاذا كان له تأثير في ملكات الشخص العقلية وقابلياته كالجنون والعته والاغماء ، أو تأثير في سلطته الشرعية يقتضي حماية الحقوق من تصرفاته ، كالسفه ، ومرض الموت ، وكالافلاس في بعض الاجتهادات ؛ فعندئذ يكون من عوارض الاهلية ؛ وإلا فهو من الموانع او من قبيل فقدان بعض الشرائط .

(قدمنا أول نظرية العقود بياناً كافياً للتعريف بالشرائط والموانع والاسباب والتمييز بينها فليرجع اليه ف / ١٣٧-١٤٢) .

٥) - **والسفر** : انما اعتبر الشرع مافيه من مشقة سبباً للترخيص في بعض الواجبات الدينية . فبعض التكليفات جعله الشرع اختيارياً في حق المسافر ، كصلاة الجمعة والعيدين والأضحية . وبعضها سوغ للمسافر تأخيره عن وقته المعين كصيام رمضان .

فليس في السفر كما ترى ، مايخل بشيء من اهليه الشخص للوجوب أو للأداء من الناحية الدينية أو المدنية .

٦) - **والجهل** ايضاً : لايخل بشيء من أهلية الشخص وقابلياته ، وانما تنهض به للشخص في بعض المواطن معذرة شرعية مانعة من مؤاخذته على الاهمال ؛ كمن أسلم وهو بعيد عن دار الاسلام جاهلاً بالتكاليف التي يفرضها عليه الاسلام ، فان جهله في مثل هذه الحال يعتبر عذراً مانعاً من مؤاخذته على اهمال الواجبات الدينية ، وكجهل الوكيل بعزل موكله ، فان تصرفاته تبقى نافذة على الموكل حتى يبلغه خبر العزل . وفي هذه المسألة كما ترى كان العلم هو المسقط لسلطة الوكيل ؛ والجهل مبقياً عليها ؛ فليس في الجهل اخلال بالاهلية . وانما هو معذرة .

٧) - **والخطأ** كذلك . فقد عرفوه بانه : « وقوع الشيء على خلاف ارادة =

=من وقع منه » . فليس فيه انتقاص من ملكات الشخص وقابلياته؛ ولا له بها اية صلة او علاقة ؛ وانما هو وصف للافعال الصادرة عن الشخص ينفي عنها القصد الذي يوجد عادة في حالة التعمد ، فيقتضي رفع المؤاخذة او تخفيفها .

٨) – وأبعد الكل عن معنى عوارض الاهلية **الهزل** !!

فالهزل ضد الجد ، ومحله التصرفات القولية ، وهو تلاعب بالألفاظ دون قصد الى معانيها وأحكامها . ويترتب عليه عند الفقهاء بطلان العقود والتصرفات أو فسادها ، على خلاف تقدم في ذلك لانتفاء ارادة العاقد الحقيقية فيه ، لا لفقدان أهلية العاقد أو نقصانها ، بدليل أن الشارع اعتبر الهزل كالجد في بعض التصرفات استثناءاً ، وهي النكاح والطلاق والاعتاق كما تقدم (ر: ف/١٨٢) .

فحقيقة الأمر في الهزل انما هي انتفاء ركن التصرف القولي ، لأن ركنه تعبير جازم عن الارادة . فبالهزل فيه تنتفي دلالة هذا التعبير على الارادة .

فلو صح ان يعتبر الهزل من عوارض الأهليـة لوجب أيضاً أن يعتبر انتفاء سائر شرائط الايجاب والقبول في العقود من قبل عوارض الأهلية !!

٩) – أما الموت ففيه حقاً انهدام الاهليات جميعاً . فمن هذه الجهة قد يمكن اعتباره من عوارض الاهلية .

ولكن من جهة اخرى يرى ان الموت ليس عارضاً يرد على مقومات الأهلية مباشرة ، وانما يقع على حياة الشخص فيزيله من الوجود . اما انهدام الأهليات به فتبع لزوال الشخص الذي هو محلها ، لأن الأهلية صفة للشخص ، ولا بقاء للوصف دون الموصوف . وان المعنى المتبادر من كلمة « **عوارض الأهلية** » انها عوارض تطرأ على مقوماتها وتؤثر فيها مع بقاء الشخص ، حيث يفقد الشخص بسبب هذا العارض ما كان ينبغي أن يتمتع به من الأهلية ، فيبقى **شخصاً غير أهل** . وهذا لا يأتي في حالة الموت لزوال الشخصية من حيث هي ، فلا يكون الموت عندئذ من عوارض الأهلية بهذا المعنى .

الفصل الثالث

الولاية

أو النيابة الشرعية

٤٦٤ ــ الانسان قبل استكماله أهلية الأداء كلها يسمى : قاصراً سواء أكان فاقداً هذه الأهلية كلها كالصغير غير المميز ، أم كان ناقصها كما في المرحلة التي بين بدء سن التمييز والرشد ، على ما سلف بيانه .

والقاصر في جميع الأحوال محتاج الى ما يقيم حياته كحاجة الكبير الراشد نفسه . ولكنه لا يستطيع أن يتدارك بنفسه هذه الحاجات لعجزه بتاتاً في دور الطفولة ، ولضعفه جسماً وعقلاً في طور التمييز ، مما أوجب نقصان أهلية الاداء المدنية فيه . فكيف تضمن حاجاته وصلاح حياته ؟

لذلك اتفقت الشرائع السماوية والوضعية على طريقة وحيدة يمكن أن تتكفل بذلك ، سميت في الاصطلاح باسم : الولاية .

وسنرسم بهذه المناسبة فيما يلي الخطوط الأساسية والمصور العام للولاية وأقسامها وأحكامها دون دخول في التفاصيل .

٤٦٥ ـ تعريف الولاية، وشرح حقيقتها :

الولاية (بفتح الواو وكسرها) في اللغة بمعنى النصرة ، وبمعنى السلطة وتولي الأمر .

ويراد منها عند الفقهاء : قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر ، في تدبير شؤونه الشخصية والمالية .

فالولاية في جوهرها ضرب من النيابة التي هي بمعناها العام: قيام شخص مقام آخر في التصرف عنه . فان النيابة تكون على شكلين : اختيارية ، واجبارية .

ــ فالاختيارية: هي الوكالة التي موضوعها تفويض التصرف الى الغير.

ــ وأما الاجبارية فهي الولاية التي يفوض فيها الشرع أو القضاء التصرف لمصلحة القاصر بالنيابة عنه الى شخص آخر . وذلك الولي النائب يعتبر هو الممثل الشرعي للقاصر ، فيقوم مقامه في جميع الشؤون التي تقبل النيابة ، من عقود وأفعال ومخاصمات في الحقوق[1] .

---

(١) يخرج عن هذا التمثيل مالا يقبل النيابة ، مثل حلف اليمين ، كما لو ادعى شخص حقاً في تركة ميت ، وعجز عن الاثبات ، فان له تحليف الورثة على عدم علمهم بالحق الذي يدعيه في تركة مورثهم . فلو كان الوارث صغيراً لم يصح تحليفه ، ولا يقوم ممثله الشرعي من ولي أو وصي مقامه في حلف اليمين ، بل يؤخر تحليفه والقضاء في الدعوى حتى يبلغ الرشد ، ويصبح أهلاً لليمين .

ومثله ما لو ادعي بحق على الصغير مباشرة واحتيج الى تحليفه . =

٤٦٦ — حكم الولاية وأثرها :

وإذا كانت الولاية نيابة جبرية كان من مقتضاها أن تستلزم حكماً عاماً فيها هو : أن تصرفات الولي التي يقوم بها على حساب القاصر ولمصلحته نافذة على القاصر جبراً ، إذا كانت مستوفية شرائطها الشرعية. فليس للقاصر بعد كبره ورشده أن ينقض منها شيئاً[1] .

٤٦٧ — الولاية على النفس ، والولاية على المال .

والولاية تتضمن سلطة ذات فرعين :

— أحدهما : سلطة على شؤون القاصر المتعلقة بشخصه ونفسه ، كالتزويج والتعليم والتطبيب والتشغيل .

=(: المجلة / ١٧٤٥ / وشروحها للاتاسي والباز وعلي حيدر . وانظر ايضاً « معين الحكام » آخر القسم الخامس في اليمين ومن تتوجه عليه ص / ٧٧) .

هذا، ولمعرفة مايقبل النيابة ومالا يقبلها من الافعال ينظر كتاب الموافقات للشاطبي ٢/٢٢٧ - ٢٤٠/ ، والدر المختار اول « **باب الحج عن الغير** » من كتاب الحج ٢/٢٣٧ .

(١) ومن ثم يعرفون الولاية بانها «**تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى**» (ر : تعريفات السيد الجرجاني ، والدر المختار اول باب الولي في النكاح ، ورسالة الأهلية للشيخ احمد ابراهيم ص /٧٧) .

وهذا تعريف غير سديد ، لانه يعرف الولاية ببيان حكمها لا بشرح حقيقتها فلذا عرفناها في الفقرة /٤٦٥/ تعريفاً آخر .

ـــ والآخر : سلطة على شؤونه المالية ، من عقود وتصرفات وحفظ وانفاق .

ومن ثم تقسم الولاية الى نوعين: ولاية على النفس ، وولاية على المال.

٤٦٨ ـــ من هو الولي ؟

يتضح مما تقدم أن الولاية ذات ارتباط وثيق بنظام الأسرة ومصالحها ، وأن عمادها حرص الولي وقدرته على رعاية القاصر وصيانة حقوقه . فيجب أن يكون الولي ممن يتوافر فيه هذا الحرص والقدرة في العادة .

ولذا كان الأصل في الولاية شرعاً أن يتولاها من الأسرة أقرب الناس نسباً الى القاصر ، كأب الصغير وابن المجنون .

وإذا كان الأب رب أسرته ، وهو أحرص الناس عادة على أولاده ومستقبلهم ، ويليه الجد أبو الأب في هذه العاطفة ، أقر الشرع للأب ومن بعده للجد العصبي[1] (أَبي الأب) ولاية تامة تشمل السلطتين

---

(١) - للتمييز بين الجدين جرى الاصطلاح في علم المواريث (الفرائض) على تسمية ابي الأب **بالجد الصحيح** ، وتسمية أبي الأم **بالجد الفاسد**

ولا يخفى ان التعبير بالصحيح والفاسد في هذا المقام تعبير غير موفق . لذلك استحسنت هنا تسمية ابي الأب جداً عصبياً ، لانه من العصبات في اصطلاح علم الفرائض ؛ وتسمية أبي الام جداً رحمياً ، لانه معدود من ذوي الارحام . ثم أدخلنا هذا الاصطلاح في قانون الاحوال الشخصية الجديد .

الشخصية والمالية .

وعند عدم الأب والجد تفصل ولاية النفس عن ولاية المال :

أ) – فأما الولاية على النفس فيتولاها الأقرب فالأقرب من أقارب القاصر العصبات بأنفسهم[1] على ترتيب الإرث والحجب : فمن كان منهم مقدماً على غيره في الإرث فهو مقدم عليه في الولاية .

ـــ فإبن المجنون والمجنونة مثلاً ، ثم ابن ابنهما مهما نزل ، هو في الولاية على أنفسهما مقدم على أصولهما من أب فمن فوقه مهما علوا .

ـــ وأبو الصغير أو المجنون مقدم على فروع الأب وهم الأخوة . وهؤلاء الأخوة مقدمون على فروع الجد وهم الأعمام .

ـــ وعند تعدد العصبات من درجة واحدة كالإخوة ، يقدم من كان شقيقاً على من كان لأب فقط .

فإن لم يوجد أحد من العصبات تنتقل ولاية النفس الى الأم ، ثم الى غيرها من الأقارب وذوي الأرحام ، بترتيب خاص مفصل في « باب الولي » من كتاب النكاح .

(ر : الأحوال الشخصية لقدري باشا م/٣٥ ـــ ٣٦/ ، والدر المختار ٢/٢٩٥) .

---

(١) - العصبات من الاقارب في نظام الارث الاسلامي ثلاثة اصناف : عصبة بنفسه ، وعصبة بغيره ، وعصبة مع غيره ، كما هو معروف في علم الفرائض . والعصبة بنفسه هو : كل قريب ذكر من ابناء الذكور : أي ليس في سلسلة نسبه انثى .

ب) ــ وأما الولاية على مال القاصر من بعد موت أبيه فقد فوضها الشرع مبدئياً الى من يختاره قبل موته ليقوم على أموال أولاده القاصرين وصيانة حقوقهم ، سواء أكان ذلك الشخص الذي يختاره الأب هو من أسرته أو غيرها ، وسواء أكان رجلاً أو امرأة .

وعندئذ تأخذ ولاية هذا الشخص المختار اسماً خاصاً هو الوصاية والشخص نفسه يسمى : وصياً[1] .

فاذا لم يعهد الأب بالوصاية على أولاده القاصرين قبل مماته الى أحد، انتقلت الولاية على أموالهم الى جدهم العصبي (أبي أبيهم) ، إضافة الى ولايته على النفس[2] .

ووصي الجد بعد موته يقوم مقام وصي الأب .

والوصي الذي يختاره الأب أو الجد قبل موته يسمى : الوصي المختار أما الذي ينصبه القاضي فيسمى : وصي القاضي .

ويجوز أن يقام على القاصر وصيان معاً ؛ وعندئذ ليس لأحدهما أن ينفرد بالتصرف ؛ بل يجب أن يجتمع رأياهما فيه ، إلا فيما لا يحتاج إلى الرأي كطلب الدين ، ورد الوديعة ، وشراء الضروريات (ر : رد

(١) ـ ولا يأخذ اللفظ في الانثى علامة تأنيث ، بل يقال : امرأة وصي .

(٢) ـ يتضح من ذلك أن وصي الأب مقدم على الجد نفسه في الولاية المالية على القاصر ، لان وصي الأب كامتداد لسلطة الأب وارادته .

المختار ٥/٤٤٩ ـ ٤٥٠)

٤٦٩ ـ مبدأ الولاية :

الولاية الشرعية على الأشخاص إنما تبدأ منذ ولادتهم . فلا ولاية لأحد على الجنين قبل أن يولد . هذا ما عليه جمهور الفقهاء المجتهدين .

وقد تقدم أن والد الحمل إذا اشترى له شيئاً لا يدخل في ملكية الحمل ولو ولد حياً . ومثل ذلك ما لو وهبه شيئاً فان الهبة لا تصح ولا يملك الجنين المال الموهوب ؛ وإنما تثبت للجنين الحقوق الأربعة التي تقدم بيانها فقط للضرورة (ر : ف/٤٠٦ ـ ٤١٧) .

وفي فقه الشيعة الزيدية ما يفيد ثبوت الولاية على الجنين في النفس وفي المال . فقد نصوا في كتبهم ، كشرح « الأزهار » وغيره ، على جواز تزويج الجنين !!

على أن إثبات ولاية مالية فقط على مال الجنين له وجه شرعي، لأن المال الذي يكون محجوزاً للجنين يحتاج الى حفظ وإدارة . ومن ثم شرعت الحكومة المصرية في قانون المجالس الحسبية (وهي تقابل مجالس الأيتام المؤلفة برئاسة قضاة الشرع لدينا) جواز تعيين وصي للحمل المستكن . وقد عللت وزارة العدل المصرية ذلك في منشورها الصادر في ٢١ من كانون الأول سنة ١٩١١ م « بأن عدم تعيين وصي للحمل فيه ضرر بمصلحته ، لما يترتب عليه من ترك أمواله بلا حصر

وتأجير[1] وقبض وغير ذلك من الأمور الوقتية التي تقتضي السرعة ».

وفي هذا ، كما يقول الأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك ، احتياط حسن تتقبله المبادىء الفقهية (ر : رسالة الأهلية ص/٧ ــ ٨)[2] .

٤٧٠ ــ قوة الولاية وضعفها :

النظر في الأحكام الفقهية المتعلقة بأنواع الولاية وسلطاتها يفيد أن الأولياء الذين تنحصر ولايتهم الأصلية في النفس فقط لهم سلطة ضعيفة على مال القاصر أيضاً بطريق التبعية نظراً للحاجة .

وكذلك أولياء المال فقط لهم أيضاً سلطة ضعيفة على نفس القاصر .

أما أولياء النفس والمال معاً فسلطتهم قوية في الناحيتين النفسية والمالية .

وعلى هذا تقسم الولاية على القاصرين بحسب قوتها وضعفها في الفقه الاسلامي الى أربعة أنواع : قوية في النفس والمال ؛ وضعيفة فيهما ؛ وقوية في أحدهما ضعيفة في الآخر .

١) ــ فالولاية القوية على النفس : تخول صاحبها سلطة التزويج

---

(١) ــ هذا اللفظ خطأ شائع اليوم ، والصواب ان يقال : « ايجار » إذ ليس في العربية « أجّر » (بتشديد الجيم) ، وانما هو أجَر أجراً « ثلاثي مجرد » وآجر إيجاراً (بزيادة الهمزة ، وزان أفعل) فهو مؤجر كما في المصباح والقاموس.

(٢) ــ أخذنا اخيراً بهذا الحكم في قانون الاحوال الشخصية السوري الجديد فقد أجازت المادة /١٧٧/ منه للقاضي اقامة وصي على أموال الجنين .

الاجباري ، والتـــأديب ، والختان ، والتطبيب بالكي وبالعملية الجراحية[1] . فمن لم يكن له ولاية قوية على نفس القاصر ليس له حق في أن يكلف طبيباً باجراء عملية جراحية له ، أو بأن يختنه . واذا فعل فحصل منها ضرر للقاصر أو وفاة كان ضامناً للضرر أو الدية .

(ر : آخر كتاب اللقيط في رد المحتار ٣/٣١٧) .

وقال ابن نجيم في الأشباه والنظائر : « ولا يداوى الصبي الا باذن وليه »

(الأشباه ، الفن الثاني ، أحكام الصبيان ٢/١٤٤) .

والظاهر أن هذا في الحالات العادية دون الحالات الاستثنائية التي تتطلب اسعافاً سريعاً كما لو صدم الطفل أو دُعس ، وكان تأخير علاجه وانتظار وليه يخشى منه على حياته ، ولا سيا في حوادث السيارات اليوم . فان التدارك هنا يعتبر مأذوناً به شرعاً وعرفاً ، وإن للظروف الاستثنائية أحكاماً استثنائية بحسب قواعد الشريعة .

٢) ـــ والولاية الضعيفة على النفس : لاتخول صاحبها شيئاً من

---

(١) ـ يعبر الفقهاء في هذا المقام بقولهم : « ولاية بطّ القرْحة » أي شق الدمل ونحوه ، ويريدون ولاية اجراء العملية الجراحية مطلقاً (ر : الدر المختار في « مسائل شتى » آخر الكتاب ٥/٤٧٩) ولذا اخترنا التعبير بالعملية الجراحية لأنه التعبير العرفي اليوم في اصطلاح الأطباء وفي لغة العصر .

ذلك ، بل مجرد رعاية القاصر وإيوائه وتأديبه وتعليمه وايجاره أو دفعه في حرفة تليق بأمثاله ينتفع منها ، ونحو ذلك .

٣) ــ والولاية القوية في المال :هي التي تخول في الاصل[1] حق الاتجار بمال القاصر لحسابه ربحاً وخسارة ، وحق الاذن له بالتجارة .

٤) ــ والولاية الضعيفة في المال: لاتخول حق الاتجار ، بل مجرد حفظ مال القاصر وقبض الهبة أو الصدقة له ، والانفاق الضروري عليه ، وشراء مالا بد منه ، وبيع الأموال المنقولة لحفظها .

أما بيع عقار القاصر فلا يملكه أحد من هؤلاء النواب الشرعيين ولو كان القاصر محتاجاً الى بيعه للنفقة أو لوفاء الدين ، وانما يعود للقاضي الاذن ببيع العقار في حالات الضرورة .

٤٧١ ــ توزيع هذه الأنواع من الولاية على الاولياء :

وهذه الأنواع الأربعة من الولاية توزع بترتيب خاص كما يلي :

أ) ــ فالولاية القوية في النفس وفي المال معاً :هي ولاية الأب ثم الجد أبي الأب وإن علا .

ب) ــ وأما القوية في النفس الضعيفة في المال : فهي ولاية غير الأب والجد من العصبات ، ثم من سائر الأقارب ، بحسب الترتيب

(١) ــ أي في أصل النظر الفقهي ، لا في ظل التقنينات المحلية النافذة اليوم كما سنبينه قريباً في حاشية الفقرة التالية .

الذي أشرنا اليه آنفاً (ف/٤٦٨)، كالابن والأخ وأبنائهما .

ج) ــ وأما القوية في المال الضعيفة في النفس: فهي ولاية الأوصياء .

د) ــ وأما الضعيفة في النفس وفي المال جميعاً: فهي ولاية من يكون القاصر في حجره وعياله ، من الأجانب عنه، أو من الاقارب الذين لم يصل اليهم دور الولاية على نفسه . حتى إن الذي يلتقط طفلاً لقيطاً غير معروف الاهل ، ويعنى بتربيته في حجره وعياله ، تثبت له هذه الولاية الضعيفة على نفسه وماله بالحدود التي بيناها في الفقرة السابقة.

وكذلك ولاية زوج الام على ربيبه القاصر الذي يضمه الى عياله .

يتضح من ذلك أنه لايملك الاذن للقاصر المميز بالتجارة الا الولي القوي الولاية في المال وهو الاب ، ثم الجد والاوصياء . أما ولي النفس الضعيف الولاية في المال فلا يملك هذا الاذن ، لان من لايملك حق التجارة لايملك الاذن بها . (ر : رد المحتار ٦١١/٥)[1].

---

(١) - يلحظ في هذا المقام ان نظام ادارة أموال الايتام العثماني وبعده قانون الأحوال الشخصية الجديد لدينا في المادة /١٨٢/ منه قد حدا كثيراً من سلطة الأوصياء ، ومنعاهم من التجارة للقاصر بامواله لكثرة الخيانات في الوصاية .

ويلحظ أيضاً أن قانون الأحوال الشخصية الجديد لدينا (في المادتين ١٦٤ - ١٦٥ منه) قد جعل حق الاذن للقاصر بالتجارة محصوراً بالقاضي الشرعي ، كما جعل للقاضي حق تسليم الصغار المميزين بعد اتمامهم الخامسة عشرة من العمر ، والسفهاء المحجورين ، جانباً من أموالهم لادارتها على سبيل التمرين والتجربة .

٤٧٢ ـ السلطان أو القاضي ولي من لا ولي له :

وجدير بالتنبيه أن جميع صلاحيات النيابة الشرعية للأولياء والأوصياء تنتقل الى السلطان عند عدمهم بمقتضى ولايته العامة ، يمارسها بنفسه أو بواسطة من يأذن له لمصلحة القاصر حتى ينصب لها وصي يمارسها .

وينوب القاضي عن السلطان في ذلك .

والمبدأ الفقهي العام في هذا المقام هو أن **السلطان ولي من لا ولي له** وهو نص مروي في الحديث النبوي (ر : آخر كتاب اللقيط في رد المحتار) .

لكن يجب أن يلحظ هنا أنه ليس للقاضي ممارسة هذه الصلاحيات من بيع وشراء وايجار واستئجار وجباية وغير ذلك لمصلحة القاصر مع وجود النائب الشرعي المختص بها من ولي أو وصي ؛ لان ولايه هذا النائب مخصوصة بهذه الشؤون ، فهي فيها مقدمة على ولاية القاضي العامة عليها ، لأن من القواعد الفقهية المقررة : **الولاية الخاصة أقوى في موضوعها من الولاية العامة** (المجلة/٥٩) .

وهذا ماتقضي به الاصول المقررة في علم الادارة والقوانين الادارية الحديثة اليوم ، وفقاً لقاعدة توزيع الصلاحيات والمسؤوليات ومبدأ التدرج . فليس للموظف الرئيس أن يقوم هو بالعمل أو التوقيع العائد لمرؤوسه ، ولكن اذا تمرد هذا الموظف المرؤوس عن عمله

دون مبرر يعزل وينصب غيره ليقوم بالعمل العائد اليه .

٤٧٣ ـ هذا ، وان هناك ولاية مالية محضة ليست ناشئة عن نقص أهلية ، ولا علاقة لها بالنفس أصلاً ، كولاية المتولي على الوقف والولاية الضعيفة لوصي الميت على حصة الراشد الغائب من ورثته . وهذا النوع لاصلة له ببحثنا هنا لعدم علاقته بالاهليه وقصورها [1].

٤٧٤ – تنبيه :

يجد القارىء في نظرية الاهلية بالصورة التي حررناها بحثاً وتحقيقاً جديداً يختلف في بعض الامور عن المأثور في المباحث التقليدية للأهلية في مصادرها الاصلية من كتب الاصول ، وفيما نقله المؤلفون المعاصرون عنها .

وقد دعانا الى ذلك أننا وجدنا بعض عقد مشكلة في مسائل الاهلية لايحلها الا فهم جديد في تقسيمها وترتيبها وتوزيع أحكامها .

فمن التحقيقات الجديدة التي يراها القارىء منا :

---

(١) - هذا التقسيم المرتب في الولاية من حيث الضعف والقوة هو الذي حققه بالاستناد الى فروع الأحكام الفقهية والدي الشيخ أحمد الزرقاء رحمه الله تعالى في شرحه الواسع الضافي للقواعد الكلية في المجلة تحت القاعدة القائلة : « **الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة** » وهي المادة /٥٩/ من المجلة . وهذا الشرح هو من مخطوطاته عندي .

أ) — إننا جعلنا مراحل الأهلية بحسب أطوار نشأة الإنسان خمسا بينا ان علماء أصول الفقه ، والمؤلفين المعاصرين الذين نقلوا عنهم نقلاً تقليدياً ، يقسمونها الى أربع مراحل ، إذ يدمجون البلوغ والرشد فيجعلون منهما مرحلة رابعة أخيرة تكمل فيها أهلية الأداء .

لكننا رأينا من النظر والتحقيق في الأحكام الشرعية ان البلوغ محطة تشترط للتكليف الشرعي ، وان الرشد محطة لكمال أهلية التصرف التي تعتمد خبرة عملية مالية فوق إدراك الخير والشر الكافي للتكليف ولحمل المسؤولية العقابية .

فيجب أن يعتبر بين سن التمييز الذي تبدأ فيه أهلية الأداء ، وبين الرشد الذي تتكامل فيه ، مرحلتان لا واحدة فقط ، كما تقدم .

ب) — إننا شطرنا أهلية الأداء الى شطرين : *ديني ، ومدني ،* (أو إهلية التعبد ، وأهلية التصرف) . وقد بينا أن الأولى منهما تبدأ كاملة في بداية سن التمييز ، وأما الثانية فتبدأ قاصرة في سن التمييز ، ثم تكمل بالرشد ، لا بمجرد البلوغ العاقل الكافي للتكليف الشرعي .

وهذا التقسيم لأهلية الأداء ، والتفريق بين شطريها الديني والمدني في مراحل التكامل ، لا يصرح به الفقهاء والأصوليون في تقسيم الأهلية بل يطلقون القول بأن الصغير المميز يتمتع بأهلية أداء قاصرة حتى يبلغ ولكننا استنبطنا هذا التقسيم والتفريق من الأحكام التي يقررونها

للصغير المميز ، فانها تدل عليه :

١ً ـــ فمن المقرر فقهاً أن قصور أهليــة الأداء في الشخص يجعل تصرفه المتردد بين النفع والضرر غير نافذ ، بل خاضعاً لإجازة وليه أو وصيه وأن كمال هذه الأهلية يحرره من هذا الخضوع ، ويجعل أعماله نافذة منتجة لآثارها بمحض إرادته هو .

٢ً ـــ وقد رأينا بالتتبع والاستقراء أن الذي يخضع للإجازة من أعمال الصغير المميز إنما هو تصرفاته المالية ، فهي التي يكون منها باطل ومنها قابل للإبطال بسبب قصور الأهلية .

أما عبادات الصغير المميز فهي صحيحة نافذة دون توقف على إجازة وليه . حتى انه لو منعه وليه من الصلاة فصلى صلاة مستوفية لشرائطها الشرعية كانت صحيحة رغم منعه .

٣ً ـــ وقد قال النبي عليه السلام : « مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع » كما تقدم .

فمن ثم رأينا أن قول الفقهاء والأصوليين بقصور أهلية الأداء في الصغير المميز يراد به أهليته للتصرفات المدنية . أما أهليته للعبادات البدنية فتبدأ كاملة منذ التمييز وإن كان غير مكلف شرعاً بهذه العبادات لضعفه ، رفقاً من الشرع به .

وعلى هذا قسمنا أهلية الاداء ذلك التقسيم الى دينية ومدنية بالمعنى

المتقدم البيان .

وبذلك يندفع اشكال مهم في موضوع الأهلية ، وهو أن الفقهاء يجعلون البلوغ مبدأ للتكليف وحمل الواجبات والمسؤوليات ، مما يوهم كمال الأهليات . وقد يصرحون بهذا الكمال في البلوغ ، بينما يصرحون في مواطن أخرى بأن مال القاصر لا يسلم إليه ولا يطلق له التصرف فيه بمجرد البلوغ بل بظهور الرشد ، مع البلوغ أو بعده .

فبهذا التمييز الذي ميزنا فيه بين أهليــة الاداء المدنية والدينيــة يندفع الاشكال ، إذ يتضح :

١ً ـــ أن كمال أهلية الاداء المدنية مناطه الرشد المالي لا مجرد البلوغ.

٢ً ـــ وان أهلية الاداء الدينية تبدأ كاملة منذ التمييز وتستمر . فتصح بها العبادات وان كان الشخص غير مكلف بها ، لأن الاهلية إنما تؤهل ولا توجب كما تقــدم . فخطاب التكليف الشرعي بالواجبات يتوقف على أمور غير الاهلية في طليعتها البلوغ .

ج) ـــ إننا أخرجنا من عوارض الاهلية طائفة كبيرة اعتيد عدها منها تقليداً ، وهي لا تمت بصلة أصلاً الى معنى العوارض ، وقد دعمنا رأينا هذا بالحجج المفصلة في الحاشية .

وبهذا النظر الجديد في نظرية الاهليــة قد ركزت فروعهــا في مواقعها من الجذع ، وانضبط فيها تفريع الاحكام ، وزال كل غموض واشتباه كان يراه الباحث في آفاق الاهلية ومراحلها .

الباب الخامس

نظرية العرف

٤٧٥ ــ قدمنا في بحث مصادر الفقه الإسلامي كلمة مختصرة تعريفية عن العرف باعتبار أنه مصدر تبعي من مصادر الاحكام ، وأحلنا بالتفصيلات على نظرية العرف التي محلها هنا آخر النظريات الفقهية الاساسية .

والآن نعالج فيما يلي هذه النظرية الكبرى الهامة التي تشغل في الفقه الإسلامي حيزاً عظيماً ، ويقوم على أساسها أحكام متشعبة من شتى الابواب والاصول الفقهية ، لا يحصى عددها ، ولا ينقضي تجددها لأن الاحكام التي تخضعها الشريعة الإسلامية للعرف تتبدل بتبدله ، فهي في تجدد مستمر . وهذا من أعظم عوامل القابلية للخلود في مباني الشريعة وفقهها.

والكلام في نظريه العرف الفقهية ينقسم إلى أربعة فصول :

الفصل الاول ـ لمحة عامة ، وتعريف ، وتقسيم .

الفصل الثاني ـ سلطان العرف في بناء الاحكام: وشرائط اعتباره

الفصل الثالث ـ حكم مخالفة العرف للأدلة الشرعية .

الفصل الرابع ـ مقارنة العرف بالقرائن العرفية وقضايا اختلاف الزمان.

ومن هذه الفصول تتفرع فروع عديدة .

الفصل الأول

لمحة عامة، وتعريف، وتقسيم

الفرع الأول

منشأ العادة والعرف، وتعريفها، والنسبة بينها

أ) ــ منشأ العادة والعرف

٤٧٦ ــ كل عمل اختياري لا بد له من باعث. وهذا الباعث إما خارجي، كظهور منفعة من شيء أو عمل؛ وإما داخلي نفسي كحب الانتقام الدافع الى الأخذ بالثأر، وكالحياء الشديد الباعث على السكوت أو التحجب في بعض المواطن من بعض الأشخاص.

فإذا ارتاح الانسان للفعل الذي مال إليه بذلك الباعث، وكرره أصبح بالتكرار عادة له.

فإذا حاكاه غيره فيه بدافع حب التقليد، وتكررت هذه المحاكاة وانتشرت بين معظم الأفراد يتكون عندئذ بها العرف، الذي هو في الحقيقة عادة الجماعة.

٤٧٧ ـ وكما يجري ذلك في الأفعال يجري في الاقوال أيضاً .

أ) ـ فالانسان مضطر إلى التفاهم مع من يعيش بينهم وإن التفاهم بالاشارات ونحوها عسير وبطيء . ولذا لجأ البشر إلى طريق التعبير بالألفاظ التي هي أصوات يعتادون التعبير بها حتى تصبح لغة عامة بينهم.

ب) ـ ثم بتوسع الصناعات والعلوم المدنية يصبح التعبير باللغة العامة الاصلية في هذه الصناعات والعلوم عسيراً وطويلاً وموراثاً للاشتباه . لذلك يلجأ أهل الحرف أو العلوم أو الأديان الى استعمال ألفاظ خاصة يصطلحون عليها ، بطريق الوضع المبتدأ أو بطريق التداول المتكرر للدلالة على معان وأشياء تفهم بسهولة من هذه الالفاظ الاصطلاحية التي لا يقوم مقامها في الدلالة إلا شرح طويل .

وكثيراً ما يكون أصل الالفاظ العرفية مجازات لغوية لا يفهم منها المراد إلا بقرينة . ثم يتكرر استعمالها فتصير مجازات مشهورة ، ثم يزداد شيوع الاستعمال حتى يفهم منها المراد من غير قرينة ، وتهجر معانيها الاصلية حتى لا تفهم منها إلا بقرينة . وعندئذ ينعكس الامر : فما كان مجازاً لغوياً يصبح حقيقة عرفية ، وما كان حقيقة لغوية يصبح مجازاً عرفياً[1] .

---

(١) ـ من ذلك مثلا قولنا : شرب فلان من النهر ، فان المعنى الحقيقي الأصلي لهذا التعبير أن يضع فمه في النهر ويعب منه ، والمعنى المجازي له أن يأخذ =

٤٧٨ ــ والعادات التي تشيع في البلاد أو بين أصناف مخصوصة من الناس لا تنشأ عن دواع واحدة وبطريقة واحدة .

لكن معظم العادات انما تنشأ عن الحاجة، اذ يعرض للناس ظرف خاص يدعوهم الى عمل خاص ، فيتكرر العمل ويشيع حتى يصبح عرفاً دارجاً ، كما في نشأة بيع الوفاء (ر : ف/ ٧٤) ووقف أنواع من الأموال المنقولة كأدوات الجنازة والكتب .

وهذه الحاجات تختلف بحسب البيئات الطبيعية ومرافقها، وبحسب البيئات الاجتماعية وأنظمتها ومميزاتها ، من المعتقدات ، والشعائر الدينية ، والاخلاق ، ونظام الحكم ، ومعاهد العلم ، والصنائع ، والفنون وحرية الفكر الخ ...

وقد تنشأ العادات والأعراف بأمر صاحب السلطان الحاكم ، أو برغبته وتوجيهه ، كعادة الاحتفال بذكرى المولد النبوي التي انشأها الحكم الشيعي الفاطمي ، ثم عمت واقتبستها سائر البلدان الاسلامية[1] .

=من ماء النهر بإناء فيشرب . وقد شاع هذا المجاز حتى أصبح هو المفهوم عند اطلاق التعبير والخلو عن القرائن .

وكذلك قولهم : **أكل من الشجرة** ، فان معناه الحقيقي الأكل من جسم الشجرة ، والمجازي الأكل من ثمرها . وقد أصبح هذا المجاز هو المفهوم دون الحقيقة اللغوية : أي أن المجاز اللغوي صار **حقيقة عرفية** .

(١) ـ ومن عادات المعاملات الناشئة لدينا في البلاد السورية عن أمر=

وقد تكون العادات والأعراف وراثية محضة عن الأسلاف دون أن تدعو اليها حاجة حقيقية ، كما في كثير من عوائد الجاهليين المتصلة بعقائدهم قبل سيادة الاسلام في بلاد العرب .

٤٧٩ ـ وللعادات والأعراف سلطان على النفوس ، وتحكم في العقول . فمتى رسخت العادة اعتبرت من ضرورات الحياة ، لأن العمل ـ كما يقول علماء النفس ـ بكثرة تكراره تألفه الأعصاب والأعضاء ، ولاسيما إذا اقتضته الحاجة ، ومن ثم يقولون: « ان العادة طبيعة ثانية » . ويقول فقهاؤنا : « إن في نزع الناس عن عاداتهم حرجاً عظيما » . (ر : رسالة « نشر العرف » لابن عابدين في مجموعة رسائله ج ٢ ص/١١٥ و ١٢٠) .

ولذلك يقاسي الأنبياء والمصلحون كثيراً من المصاعب والأهوال، فيأخذون الناس بالعنف تارة ، وبالتدريج تارة أُخرى ، لتحويلهم عن عن مفاسد عادتهم وأعرافهم .

وفي هذا المعنى تقول عائشة أم المؤمنين (رض) واصفة سياسة

=الحكام ، تعامل الناس اليوم على ايجار العقارات بالسنة الشمسية الميلادية ، منذ أن صدر في عهد الانتداب الفرنسي القانون الذي يوجب اعتبار سنة الايجار للمستأجر /٣٦٥/ يوماً على كل حال، وقد كان عرف الناس قبل ذلك على الايجار بالسنة القمرية الهجرية .

التشريع الاسلامي :

« انما نزل أول ما نزل من القرآن سورة فيها ذكر الجنة والنار . حتى اذا ثاب الناس الى الاسلام نزل الحلال والحرام . ولو نزل أول شيء : لا تشربوا الخمر ولا تزنوا » لقالوا : « لاندع الخمر ولا الزنى أبداً » .

رواه البخاري (ر : تاريخ التشريع الاسلامي للاساتذة السايس والسبكي والبربري ص/٣٩)[1] .

٤٨٠ ــ يتضح من ذلك ان العادات والأعراف منها الحسن ومنها القبيح ، إذ ليس كل مايعتاده الناس ويتعارفونه ناشئاً عن حاجة صادقة ومصلحة حكيمة يكون الأمر المعتاد وسيلة ميسرة لها .

فقد يعتاد الناس عادات تقوم على جهالات وضلالات موروثة يشقى بها المجتمع وليس فيها منتفع ، كاسترقاق المدين المعسر عند الرومان وفي جاهلية العرب ، وكوأد البنات والغزو الداخلي والسائبة[2] في

---

(١) ــ انظر أيضاً رسالة « العرف والعادة في رأي الفقهاء » للاستاذ احمد فهمي أبي سنة ، المدرس في كلية الشريعة من الأزهر : ص /١٣ - ١٧/ وهي رسالة قيمة نال بها مؤلفها الفاضل درجة استاذ في الشريعة . وقد صدرت حديثاً الآن خلال هذه الطبعة الثالثة من كتابنا هذا ، فلخصنا عنها معظم هذا البحث في منشأ العادات والأعراف .

(٢) ــ تقدم معنى السائبة عند العرب في بحث خصائص الملكية فلينظر (ف /١٢٣) .

الجاهلية ، وكدفن الزوجة حية معزوجها إذا مات عندالهنودالوثنيين، وكدفن نفائس الأموال مع أصحابها الموتى عند قدماء المصريين ، وكأخذ أولياء البنات مهورهن عند تزويجهن في عادة البدو منالعربان في بلادنا السورية وغيرها الى اليوم .

فكل هذا وأمثاله عادات وأعراف قبيحة يجب أن تكافح بالتعليم والتشريع .

ب) ـــ تعريف العادة

٤٨١ ـــ العادة في اللغة مأخوذة من العود أو المعاودة ، بمعنى التكرار . وهي اسم لتكرير الفعلوالانفعال حتى يصير سهلاتعاطيه كالطبع . ولذلك قيل : العادة طبيعة ثانية (ر : مفردات القرآن للراغب الأصفهاني) .

وقد عرف علماء أصول الفقهالعادة بأنها :

« الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية »

فاذا كان التكرر ناشئاً عن علاقة عقلية : وهي التييحكم فيهاالعقل بهذا التكرر ، لم يكن عندئذ منقبيل العادة ، بل من قبيل التلازم العقلي . وذلك كتكرر حدوث الأثر كلما حدث مؤثره، بسبب ان المؤثر علة لايتخلف عنها معلولها ، كتحرك الخاتم بحركة الاصبع ، وتبدل مكان الشيء بحركته . فهذا لايسمى عادة مهما تكرر ، لأنه

ناشيء عن تلازم وارتباط في الوجود بين العلة والمعلول يقضي بـه العقل، وليس ناشئاً عن ميل او طبع أو عامل طبيعي

(ر : التقرير والتحبير لابن أمير الحاج شرح التحرير لابن الهمام ٧٦٩/٢) .

٤٨٢ ـــ يتبين من هذا التعريف أن العادة في الاصطلاح لها مفهوم شامل واسع الحدود ، لأن قولهم في تعريفها : « الامر المتكرر » يشمل كل حادث يتكرر من حيث ان لفظ « الأمر » كلفظ « الشيء » من اوسع الفاظ اللغة عموماً وشمولاً :

١) ـــ فالعادة تطلق تارة على مايعتاده الفرد من الناس في شؤونه الخاصة : كعادته في نومه ، وأكله ، ونوع مأكوله ، وحديثه ، وكثير من افعاله . وهذه هي العادة الفردية .

٢) ـــ وتطلق تارة أخرى على ماتعتاده الجماعات والجماهير ، مما ينشأ في الأصل عن اتجاه عقلي وتفكير ، حسناً كان أم قبيحاً . وهـــذه ترادف العرف ، كما سيأتي بيانه [١] .

---

(١) يقول الفقهاء في بعض المواطن : ان العادة تتحقق بتكرر الفعل مرتين أو ثلاثاً ، لانها مأخوذة من العود أو المعاودة (ر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ، الفن الأول تحت القاعدة السادسة ١٢٨/١) .

ولا يخفى أن مرادهم بذلك عادة الفرد . أما عادة الجماعة التي هي بمعنى=

٣) ـــ وتطلق العادةايضاً بوجه عام على كل حالة متكررة ، سواء أكانت ناشئه :

أ ـــ عن سبب طبيعي ، كاسراع بلوغ الأشخاص ونضج الثمار في الاقاليم الحارة ، وابطائه في الباردة . وكثرة الأمطار في بعض الاقاليم صيفاً ، وفي بعضها شتاء بحسب الموقع الجغرافي والعوامل الطبيعية .

ب ـــ او ناشئة عن الاهواءوالشهوات وفسادالاخلاق ، كالتقاعس عن فعل الخيرات ، والسعي بالضرر والفساد ، وتفشي الكذب وأكل المال بالباطل ، والفسق ، والظلم ، مما يسميه الفقه : فساد الزمان .

ح ـــ او ناشئة عن حادث خاص ، كفشو اللحن الناشيء من اختلاط العرب بالاعاجم .

فكل ذلك يعتبر في نظر الفقهاء من قبيل العادات . وقد راعاها المجتهدون في الفتيا والقضاء ، وقرر لها الفقهاء مايناسبها من أحكام[1] .

ج) ـــ تعريف العرف

٤٨٣ ـــ قدمنا في بحث مصادر الفقه تعريف العرف المعتبر فقها بأنه : « عادة جمهور قوم في قول او فعل » .

عرف الجمهور ، فلا ينطبق عليها هذا الحد ، لان العادة لاتشيع وتنتشر بين الجماهير الا بعد ان تتكرر بين الناس مرات لاتحصى .

(١) ـــ ر : رسالة : « العرف والعادة في رأي الفقهاء » للاستاذ احمدفهمي أبي سنة : ص / ٠ .

وقد وضعنا هذا التعريف مستوحى من التعاريف والشرائط التي يذكرها الفقهاء والأصوليون ، وتحرينافيه أن يكون كاشفاً عن حقيقة العرف في نظر الفقهاء بأوضح صورة ، وبأدق الحدود ، لأنا وجدنا التعاريف المأثورة غامضة الصورة ، ومشتبهة الحدود ، بالنسبة الى المنهاج التعليمي التبسيطي الذي نبني على أساسه ونسير في ظله[1] .

٤٨٤ ــ تحليل هذا التعريف :

١) ــ يفيد هذا التعريف أن العرف نوع من العادة ، وهذا هو الواقع كما يعلم مما تقدم في تعريف العادة ؛ فالعادة جنس أعم تحته أنواع منها العرف كما سنرى في بيان النسبة بين العرف والعادة .

٢) ــ ويفهم من هذا التعريف ايضاً ان تحقق العرف يعتمد على نصاب عددي من الناس لابد منه ، وهو : أن يكون موضوع العرف قد اعتاده القوم في مكان جريانه . وهذا مستفاد من لفظ « الجمهور » فاذا لم يكن الأمر المعتاد فاشياً بين اكثر القوم لايتكون به عرف معتبر ، بل يكون من قبيل العادة الفردية ، او العادة المشتركة (وهي التي يتساوى معتادوها وغيرهم عدداً) وقد يسمونها تساهلاً باسم

---

(١) - من أشهر تلك التعاريف المأثورة تعريف الامام الغزالي في المستصفى بأن العرف **« هو ما استقر في النفوس من جهة العقول ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول »** وهو كما ترى ، يحتاج الطالب في فهمه الى شرح طويل .

« العرف المشترك » وهي في الحقيقة لم تبلغ حد العرف ، فلا يتناولها عند الاطلاق ، ولا تأخذ حكمه .

٣) ويشير التعريف ايضاً الى أنواع العرف : فهو يدل على انقسامه من وجه الى عرف لفظي ، وعرف عملي ، وهذا مستفاد من قولنا : « في قول أو فعل » . وكذا يدل على انقسامه من وجه آخر الى عرف عام وعرف خاص ، وهذا مستفاد من تنكير لفظ « قوم » ، فإنه يشمل أهل بلد معين أو أهل حرفة خاصة ، فيكون عرفهم خاصاً بهم ، كما يشمل الناس أجمعين في جميع البلدان ، فيكون عرفاً عاماً ، وسيأتي بيان ذلك في بحث تقسيم العرف .

٤) ــ ويفيد هذا التعريف اخيراً أن العادة لاتسمى عرفاً إلا في الأمور المنبعثة عن التفكير والاختبار ، كالتعامل مثلا على تقدير الكميات في بعض الاشياء بالوزن ، وفي بعضها بالكيل ، وفي بعضها بالعدد الخ ... وكالتعامل في الزواج على أن المرأة تشتري بمهرها جهازاً من ملبوس ومفروش تحضره معها الى بيت الزوج ، وأنها لاتزف قبل أن يدفع الرجل معجل مهرها كله أو بعضه ، وكالتعامل على بعض انواع من العقود كالاستصناع .

فيخرج عن معنى العرف مايكون من الامور الشائعة ناشئاً عن

عوامل الطبيعة لا عن التفكير والاختبار ، كاسراع بلوغ الأشخاص في الأقاليم الحارة وبطئه في الأقاليم الباردة ، فمثل هذا الأمر ، وان كان مطرداً أو غالباً في بعض البيئات ، لايسمى عرفاً ، بل يسمى « عادة » كما رأينا في تعريف العادة .

وهذا المعنى يستفاد أيضاً من قولنا « في قول أو فعل » ، لأن عادة الجماعة من الناس في قول أو فعل لاتكون إلا عن عقل واختيار[1] ، وإلا كانت حادثاً طبيعياً ، لا قولاً أو فعلاً .

د) ــ النسبة بين العادة والعرف

٤٨٥ ــ يتضح من جميع ماتقدم ان العادة أعم من العرف ، لأنها تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي ، والعادة الفردية ، وعادة الجمهور التي هي العرف .

فتكون النسبة بين العادة والعرف هي **العموم والخصوص المطلق**[2]

---

(١) ــ وهذا هو المراد بقول الفقهاء في تعريف العرف : **« هو ما استقر في النفوس من جهة العقول »** كما نقلنا آنفاً في الحاشية عن كتاب **«المستصفى»** **للغزالي** (ر : ف / ٤٨٣ ح) .

(٢) - **العموم والخصوص** في اصطلاح علم المنطق نوعان : **مطلق ، ووجهي** :

ــ فالعموم والخصوص المطلق عندما يكون أحد الشيئين أعم من الآخر دائماً والآخر أخص دائماً كما هنا ، وقد تقدم بيان ذلك أول نظرية العقود . ف / ١٣١) .

=

لأن العادة أعم مطلقاً وأبداً ، والعرف أخص ، إذ هو عادة مفيدة . فكل عرف هو عادة ، وليست كل عادة عرفاً ، لان العادة قد تكون فردية أو مشتركة .

الفرع الثاني

تقسيم العرف

٤٨٦ ـ العرف اما ان يتعلق باستعمال بعض الالفاظ في معان يتعارف الناس على استعمالها فيها ، وإما أن يتعلق باعتياد انواع من الاعمال أو المعاملات .

ومن هنا انقسم العرف من حيث موضوعه ومتعلقه الى نوعين : *عرف لفظي ، وعرف عملي* .

ثم من جهة أخرى إما ان يكون العرف في موضوعه عاماً فاشياً في جميع البلدان بين جميع الناس ، وإما ان يكون مقتصراً على بلد او مكان دون آخر ، أو مخصوصاً بفئة من الناس من أرباب الاعمال او الصنائع أو العلوم دون سواهم . ومن ثم ينقسم العرف ايضاً ، لفظياً كان او عملياً ،

= ـ والوجهي عندما يكون كل منها أعم من الآخر من وجه وأخص منه من وجه كالنسبة بين مفهومي « الأبيض » « والملبوس » مثلاً : فالأبيض أعم من وجه لوجوده في الملبوس وغيره ، والملبوس أعم من وجه لوجوده في الأبيض وغيره .

من حيث عمومه وخصوصه ، الى نوعين: عرف عام ، وعرف خاص .

وإليك إيضاح هذه الانواع وامثلتها

(أولاً) — العرف اللفظي والعرف العملي

٤٨٧ - (أ) — العرف اللفظي :

فأما العرف اللفظي : فهو أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين بحيث يصبح ذاك المعنى هو المفهوم المتبادر منها إلى اذهانهم عند الاطلاق ، بلا قرينة ولا علاقة عقلية .

وذلك كاستعمال لفظ « الدراهم » بمعنى النقود الرائجة في البلد مهما كان نوعها وقيمتها ، حتى الورق النقدي اليوم ، مع أن الدراهم في الاصل نقد فضي مسكوك بوزن معين ، وقيمة محددة .

وكذلك استعمال لفظ « البيت » في بعض البلدان بمعنى «الغرفة» ، وفي بعضها بمعنى « الدار » بجملتها .

وهذا النوع من العرف هو في الحقيقة من قبيل اللغة الخاصة لاصحابه

فاذا احتاج فهم المعنى المقصود الى قرينة او علاقة عقلية لم يكن ذلك عرفاً بل هو قبيل المجاز .

مثال القرينة : مالو حمل انسان عصا صغيرة وحلف ليقتلن فلاناً بها ، فانه يفهم بهذه القرينة ان مراده بالقتل الضرب المؤلم .

وكذا لو قال لآخر : « وهبتك هذا الشيء بعشرة دنانير » ، فانه

يفهم بقرينة البدل أن مراده بالهبة معنى البيع مجازاً .

ومثال العلاقة العقلية قولنا : « حكمت المحكمة على فلان » ، فان المراد أنه قد حكم الحاكم ، إذ المحكمة هي المكان . ويعتبر هذا الاسناد سائغاً مقبولاً بعلاقة أو رابطة يلحظها العقل بين الحال والمحل يمكن أن يعتبر معها الفعل كأنه صادر عن المحل بقطع النظر عن الفاعل الحال فيه ، كما تقول : « حالف الامير البلد الفلاني أو حاربه » ، والمراد أهل البلد وسكانه .

فهذه الأساليب الفنية في طرائق التعبير هي من صور المجاز في البيان ، لأنها تقوم على أساس وجود القرينة أو العلاقة ، وليست في شيء من العرف اللفظي الذي يعتبر كلغة وضعية خاصة تصبح معانيها حقائق عرفية تستفاد من مجرد اللفظ .

٤٨٨ ــ (ب) ــ العرف العملي :

وأما العرف العملي : فهو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية .

والمراد بالأفعال العادية : افعال الناس الشخصية في شؤونهم الحيوية مما لا يقوم على تبادل المصالح وانشاء الحقوق ، وذلك كالاكل والشرب واللبس والركب والحرث والزرع ونحو ذلك .

والمراد بالمعاملات المدنية : التصرفات التي يقصد منها انشاء الحقوق بين النـاس ، أو تصفيتها وإسقاطهـا ، سواء أكانت تلك التصرفات

عقوداً أم غيرها ، كالنكاح والبيع والإبراء ، وكالغصب والقبض والاداء . (ر : ف ٤١٣/ح ١) .

فمن أمثلة العرف في الأفعال : اعتياد الناس تعطيل بعض أيام الاسبوع عن العمل . وكذا اعتيادهم في بعض الأماكن أكل نوع خاص من اللحوم كالضأن والمعز والبقر ، او استعمال نوع من الملابس والأدوات ، ونحو ذلك .

ومن أمثلته في المعاملات :

١ً ــ اعتياد الناس في بيع بعض الأشياء الثقيلة مثل الحطب والفحم والقمح ان تكون على البائع حمولتها الى بيت المشتري .

٢ً ــ واعتيادهم تقسيط الاجور السنوية للعقارات الى أقساط معدودة.

٣ً ــ وتعارفهم في الانكحة تعجيل جانب معين من مهور النساء كالنصف او الثلثين ، وتأجيل الباقي الى ما بعد الوفاة او الطلاق .

٤ً ــ وتعاملهم فيما بينهم ببعض انواع النقود دون سواها .

٥ً ــ وتعارفهم في بعض المهن والصنائع ان يأخذ الصانع من رب العمل أجراً ، وفي بعضها الآخر أن يأخذ رب العمل من الصانع أجراً ، كما في الخياطة عندما يكون المقصود تعليم الصانع تلك الصناعة لا مجرد استخدامه ، الى غير ذلك مما لا يحصى من أعراف الناس العملية الممكن جريانها في أفانين معاملاتهم ، وتفاريع التزاماتهم فيها .

ثانياً) ـ العرف العام ، والعرف الخاص

٤٨٩ ـ (أ) ـ العرف العام :

فالعرف العام : هو الذي يكون فاشياً في جميع البلاد بين جميع الناس في امر من الأمور . وذلك كالاستصناع في كثير من الحاجات واللوازم من أحذية وألبسة وأدوات وغيرها . فان الناس قد احتاجوا إليه ودرجوا عليه من قديم الزمان ، ولايخلو اليوم من التعامل به مكان ، وقد أصبح جارياً في جميع الحاجات ، حتى استصناع المعامل بكاملها والبواخر والأبنية .

ومثله في العموم اليوم تأجيل جانب من مهور النساء في البلاد الاسلامية . فقد تعورف تقسيم المهر الى معجل ومؤجل ، بنسبة تختلف مقداراً بين بلد وآخر . وقد تكون هذه النسبة ثابتة بحيث انه متى ذكر بين الطرفين مبلغ المعجل عرف المؤجل ، كما في بلادنا الشامية اليوم، فان العرف لدينا مطرد على أن المؤجل من المهر نصف المعجل مالم يصرح في العقد بخلافه .

٤٩٠ ـ (ب) ـ العرف الخاص :

أما العرف الخاص : فهو الذي يكون مخصوصاً ببلد أو مكان دون آخر ، أو بين فئة من الناس دون أخرى .

وهذا العرف الخاص متنوع كثير متجدد لاتحصى صوره ولا

تقف عند حد ، لأن مصالح الناس وسبلهم إليها والى تسهيل احتياجهم وعلائقهم متجددة أبداً .

وذلك كعرف التجار فيما يعد عيباً ينقص الثمن في البضاعة المبيعة أو لا يعد عيباً ، وكعرفهم في بعض البلاد أن يكون ثمن بعض البضائع المبيعة بالجملة مقسطاً الى عدد معلوم من الأقساط ،وعرفهم أن لا تقبل المبالغ الكبيرة من أجزاء النقود الصغيرة في الصفقة الواحدة إلا بنسبة معينة .

ومثل ذلك عرف المحامين اليوم على أن جانباً معلوماً من أجور الدعاوى التي يتقبلونها كالنصف مثلاً يكون مؤجلاً ومعلقاً على ربح الدعوى ، وصيرورة الحكم بها مبرماً ، واستخراج وثيقة الحكم ووضعها في دائرة التنفيذ .

الفصل الثاني

سلطان العرف في الأحكام، وشرائط اعتباره

الفرع الأول

سلطان العرف

٤٩١ ـ ان العرف في نظر الشريعة الاسلامية يعد مستنداً عظيم الشأن لكثير من الأحكام العملية بين الناس في شتى شعب الفقه وأبوابه، وله سلطان واسع المدى في توليد الأحكام وتجديدها، وتعديلها وتحديدها، واطلاقها وتقييدها.

فالعرف تولده الحاجات المتجددة المتطورة، ثم يكون نظاماً حاكماً تدور به وعليه عجلة المعاملات بين الناس، ويكشف عن معاني كلامهم ومراميه، ويرسم حدود الحقوق والالتزامات، وينير محجة القضاء.

ففي اعتبار العرف تسهيل كبير يغني عن كثير من النصوص

التفصيلية في الأحكام التشريعية وفي عقود المعاملات ، اعتماداً على ماهو معروف ومألوف في شتى الوقائع المحتملة .

٤٩٢ ـ والعرف لاتغني عنه نصوص التشريع والتقنين ، لأنها لايمكن أن تستوعب جميع التفصيلات والاحتمالات ، كما أن كثيراً من أحكامها الآمرة نفسها مبني على العرف ، ويتبدل فيه الحكم بتبدل العرف ، فلا يمكن ترتيب حكم ثابت فيه .

وقلما يوجد باب من أبواب الفقه لايكون للعرف مدخل في أحكامه ، حتى باب الجرائم والعقوبات

ففي جريمة التعدي على الكرامة مثلاً بالشتم والاهانة انما يعتبر من الكلام جرماً يستحق قائله العقوبة التعزيرية مايكون في عرف الناس شتما واهانة .

والعقوبة التعزيرية نفسها[1] انما تكون شرعاً بالقدر الذي يعتبر كافياً للقمع في نظر العقلاء وعرفهم بحسب درجة الجرم : بحيث لاتكون أكثر مما يستدعيه الجرم فتصبح هي ظلماً وجرماً ، ولا أقل فيكون فيها تهاون في حقوق الناس ، وتنتفي منها الرهبة الزاجرة .

---

(١) ـ العقوبة التعزيرية في الاسلام : هي التي لم يحدد الشرع لها مقداراً ولا نوعاً ، وانما تركها مفوضة لآراء الحكام وأنظارهم بحسب المصلحة في كل زمن ، كما تقدم في نظرية المؤيدات (ر : ف / ٣٣٢) .

وسنعرض فيما يلي النظرية الفقهية في سلطان العرف وحكمه في مختلف أنواعه السالفة البيان :

أولاً) ـــ سلطان العرف اللفظي

٤٩٣ ـ النظر الفقهي في حكم هذا العرف اللفظي ومدى سلطانه أن كل متكلم يحمل كلامه على لغته وعرفه : فينصرف الى المعاني المقصودة بالعرف حين التكلم ، وان خالفت المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في أصل اللغة . ذلك لأن العرف الطارىء قدنقل تلك الألفاظ الى معان أخر صارت هي الحقيقة العرفية المقصودة باللفظ ، في مقابل الحقيقة اللغوية .

فلو صرف كلام المتكلم الى حقيقته اللغوية دون العرفية التي هي معناه في عرف المتكلم لترتب عليه الزام المتكلم في عقوده واقراره وحلفه وطلاقه وسائر تصرفاته القولية بما لايعنيه هو ولا يفهمه الناس من كلامه .

وعن هذا أثبت الفقهاء القاعدة القائلة : « الحقيقة تترك بدلالة العادة » (م / ٤٠) ، ووضعوا المبدأ العام القائل :

« يحمل كلام الحالف والناذر والموصي والواقف وكل عاقد على لغته وعرفه ، وإن خالفا لغة العرب ولغة الشارع،

(ر : مجموعة رسائل ابن عابدين ١٣٣/٢ نقلا عن فتاوى العلامة قاسم) .

فقد يكون معنى اللفظ في أصل اللغة طلاقاً فيصبح في العرف زجراً محضاً لا دلالة له على الطلاق ، أو بالعكس .

وقد يكون معنى الكلام في أصل اللغة عقداً ملزماً فيصبح في العرف وعداً غير ملزم . وقد يكون معناه بيعاً ومعاوضة فيصبح هبة ، ونحو ذلك . فالعبرة دائماً إنما هي للمعنى العرفي حين التكلم ، لتثبيت الأحكام والالتزامات على وفقه ومقتضاه

٤٩٤ ــ وعلى هذا الأساس قرر الفقهاء أحكاماً كثيرة منها أنه:

١) ــ لو حلف الانسان « أن لا يضع قدمه في دار فلان » انصرفت اليمين الى معنى دخول الدار ، لأنه المعنى العرفي ، لا الى مجرد وضع القدم الذي هو الحقيقة اللغوية . فلو دخلها راكباً دون أن تمس قدمه أرضها يحنث في يمينه شرعاً وتجب عليه كفارة . ولو مد رجله من خارجها فوضعها فيها دون أن يدخل لا يحنث . (ر : الدر المختار ٨٤/٣) .

٢) ــ إذا شرط الواقف في صك وقفيته تعيين « ناظر » على وقفه ، وكان معنى الناظر في عرف زمانه المتولي الذي يتولى إدارة الوقف من جباية وتعمير وإنفاق ، حمل على معنى المتولي كما عليه العرف القديم ،

وإن كان معناه المشرف المراقب على المتولي انصرف إليه، كما عليه عرفنا الحديث.

وكذا لو وقف مالاً على ذريته وشرط أن توزع الغلة بينهم «على الفريضة الشرعية» فالراجح من رأي فقهائنا أنه يعطى للذكر منهم مثل حظ الأنثيين، لأن هذا هو المعنى العرفي بين الناس لكلمة «الفريضة الشرعية» التي تفسر بها إرادة الواقف، إذ المراد بها التفاضل المعروف بين الذكر والأنثى في الميراث. فيحمل هذا التعبير على هذا المعنى العرفي له، وإن كان الأحسن شرعاً أن يسوي الانسان في العطية بين الذكور والاناث من أولاده، لأن العبرة إنما هي لارادة الواقف في توزيع غلة وقفه، وإن كلامه يجب تنزيله على لغة عرفه التي تعبر عن إرادته المحترمة، لا على المسلك الأفضل اذا كان خلاف إرادته.

ومثل حكم الوقف في هذا حكم الوصية (ر: رسائل ابن عابدين ١٤٥/٢).

وكذلك لو شرط الواقف إعطاء دنانير أو دراهم معدودة شهرياً أو سنوياً، وكان الدينار أو الدرهم في عرف زمانه بوزن معين ثم تبدل وزنه، فالعبرة للقدر الذي كان في زمانه.

٣) ــ ينعقد بيع الثمار على أشجارها بلفظ «التضمين، والضمان» في بلادنا الشامية، لأنه اللفظ العرفي فيها اليوم بين أهل البساتين والكروم.

فيقول البائع : «ضمنتك» ويقول المشتري «ضمنت» مع ان التضمين والضمان في لسان الشرع معناهما الالزام والالتزام بقيمة المتلفات ونحوها .

وكذلك ينعقد بيع أحد الشريكين في الدابة المشتركة حصته لشريكه الآخر بلفظ « المقاصرة » لتعارفهم هذا اللفظ في هذا البيع . فيقول البائع : « قاصرتك على حصتي بكذا » ويقبل الشريك المشتري. (ر : رد المحتار أول البيوع ٤/٩) .

٤) ــ يصح للبائع أن يشترط في عقد البيع البراءة العامة من ضمان العيوب ، وعندئذ لا يحق للمشتري الرجوع عليه بشيء مهما ظهر في المبيع من عيوب .

وعليه لو باع الانسان اليوم شيئاً وعبر عن هذا التبرؤ من ضمان العيوب ببعض التعابير العرفية ، كما لو باع شيئاً على انه « حاضر محلول» أو « كوم تراب » أو « حراق على النزاد »، أو نحو ذلك من التعابير التي اعتادها اليوم العوام في هذا المقام ، فليس للمشتري رد المبيع بعيب ما ظاهر أو خفي ، لأن الناس تعارفوا بهذه التعابير اشتراط براءة البائع من ضمان العيوب كافة . (ر: المجلة/٣٤٣/ وشرحها للأتاسي ،وانظر أيضاً رد المحتار ٤/٩٥) .

٥) ــ إذا تعارف الناس إيقاع الطلاق بألفاظ أو تعابير جديدة فشا استعمالها بينهم فانها يقع بها الطلاق ، ولو كانت في أصل اللغة

لا تقتضي الوقوع ، كلفظ « علي الطلاق » الذي يستعمله الرجال في هذا الزمان عند ارادة التطليق ، مع أن الطلاق وصف يقع على المرأة التي هي محله شرعاً لا الرجل[1] .

٤٩٥ ــ يتضح من الأمثلة السالفة البيان أن العرف اللفظي بوجه عام تنشأ به لغة جديدة تكون هي المعتبرة في تنزيل كلام الناس عليها ، وتحديد ما يترتب على تصرفاتهم القولية من حقوق وواجبات بحسب المعاني العرفية .

واللغة العامية في كل مكان هي من هذا القبيل . فيحمل كلام الناس فيها على معناه المتعارف بينهم . وقد يختلف فيه بلد عن آخر ، فيعتبر في كل مكان عرفه الخاص في التخاطب .

وإن ما تفيده أساليب العوام البيانية من عقد، أو تعليق، أو تنجيز، أو إذن، أو إجازة، أو غير ذلك، هو معتبر وان خالف مذاهب النحويين في قواعد اللغة الفصحى (ر : رسائل ابن عابدين ٢/١٣٧ و ١٣٨) .

---

(١) ــ حتى لو قال لزوجته : « أنا منك طالق » لا يقع به طلاق وان نواه ، لأن الرجل لا يكون طالقاً بل مطلقاً . وانما صح تطليق الزوجة بقوله : « علي الطلاق » لأن هذا اللفظ قد أصبح في العرف والاستعمال نظير قوله لامرأته « انت طالق » أو قوله « طلقت امرأتي » (ر : رد المحتار ٢ / ٤٣٢ و ٤٢٦ / وبهجة المشتاق لاحكام الطلاق ص / ١٦ ــ ١٧) .

ثانياً) ـ سلطان العرف العملي

٤٩٦ ـ إن النظر في نصوص الفقهاء ، ينبيء بأن العرف العملي في ميدان الأفعال العادية والمعاملات المدنية له السلطان المطلق والسيادة التامة في فرض الأحكام وتقييد آثار العقود وتحديد الالتزامات على وفق المتعارف ، وذلك في كل موطن لا يصادم فيه العرف نصاً تشريعياً[1] .

فالعرف عندئذ يعتبر مرجعاًومنبعاً للأحكام ، ودليلاً شرعياًعليها حيث لا دليل سواه من النصوص التشريعية الأساسية .

فقد قال الامام السرخسي في المبسوط : « الثابت بالعرف كالثابت بالنص » .

وقال البيري في شرح « الأشباه والنظائر » لابن نجيم « نقلاً عن المشرع » : « الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي » .

(ر : مجموعة رسائل ابن عابدين ٢/١١٥) .

وفي هذا المعنى جاءت المادة /٤٥/ من المجلة بالقاعدة القائلة : « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » .

هذا وقد قدمنا أن العرف العملي يتناول قسمين : عرف الأفعال

---

(١) ـ فاذا عارض العرف نصاً تشريعياً أو قياساً فلفقهاء الشريعة عندئذ موقف من سلطان العرف ونظر تفصيلي في اعتباره وعدمه سوف نراه فيما بعد .

العادية الحيوية، وعرف المعاملات المدنية (ر : ف/٤٨٨) .

وسنعرض فيما يلي طائفة من الأحكام التي بناها الفقه الاسلامي على اعتبار العرف العملي (بقسميه هذين) ، يتجلى بها ما اعتبر له فقهاؤنا من سلطان على توجيه الأحكام، وفرض الالتزامات ، ضمن الحدود الشرعية .

٤٩٧ ــ (أ) ــ عرف الأفعال العادية :

إن الأفعال العادية ــ وإن كانت أفعالاً شخصية حيوية ، وليست من قبيل المعاملات والعلائق المدنية الحقوقية ــ عندما يتعارفها الناس وتجري عليها عادات حياتهم يصبح لها سلطان وتأثير في توجيه أحكام المعاملات المدنية التي تتصل بتلك الافعال الى وجهة تتفق مع المقاصد العرفية

فمن الأمثلة على سلطان عرف الأفعال العادية ، وتأثيره في أحكام التصرفات والعقود في الفقه الاسلامي ، المسائل التالية :

١) ــ لو كانت عادة قوم أن يأكلوا لحوم الغنم ، فحلف احدهم « أن لا يأكل لحماً » تنصرف يمينه الى اللحم المعتاد أكله بينهم دون سواه . فاذا أكل لحم البقر أو الابل أو السمك لا يحنث فلا تلزمه كفارة اليمين وان كان ذلك يسمى أيضاً لحماً في لغة الحالف .

كذلك لو حلف « لا يركب » أو « لا يركب حيواناً » فانه لا يحنث بركوب أي حيوان كان ، ولا بركوبه على انسان . وان كان الانسان نوعاً من الحيوان ، وانما يحنث اذا ركب ما يعتاد ركوبه من البهائم

(ر : رد المحتار ـ كتاب الايمان ٣/٩٠ ـ ٩١) .

ومقتضى ذلك أنه لو كان الحالف من أهل المدن في هذه العصور لا يحنث بركوب الجمل في المدينة ، ويحنث بركوبه اذا كان مسافراً ، لا يحنث الهندي دون العربي بركوب الفيل .

والعلة الفقهية في ذلك وأمثاله أن العرف العملي يقيد اطلاق اللفظ ويصرف اليمين الى العمل المعتاد كالعرف اللفظي، لما تقرر في القواعد أن « العادة محكمة[1] » (م/٣٦) ، أي ان لها في نظر الشرع حاكمية تخضع لها أحكام التصرفات ، فتثبت تلك الاحكام على وفق ماتقتضي به العادة والعرف (ر : رد المحتار ٣/٨٦ و ٩٠ ـ ٩١) .

٢) ــ ولو وكل انسان وكيلا بشراء لحم أو خبز أو ثوب مثلا تقيد عقد الوكالة بنوع اللحم أو الخبز المعتاد أكله ، وبالثوب المعتاد لبسه : فلو اشترى له نوعاً آخر غير معتاد لايسري الشراء على الموكل بل يلتزم به الوكيل (ر : رسائل ابن عابدين ٢/١١٥) .

٣) ــ ان نفقة الزوجة تجب على زوجها في الاجتهاد الحنفي بالقدر المتعارف المعتاد بين أمثالها وبحسب حالها غنى وفقراً . فان كانا من الاوساط ، فنفقة الوسط ، وان كانا غنيين فنفقة الاغنياء ، أو فقيرين فنفقة الفقراء (ر : الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية لقدري

---

(١) محكمة : بتشديد الكاف المفتوحة ، اسم مفعول من التحكيم .

باشا المصري م/ ١٧٣ و ١٨١ و ١٨٤) . وهنا نجد عرف الناس في طراز المعيشة ومستواها قد فرض حدوداً شرعية لالتزام النفقة الذي أوجبه الشرع على الزوج .

٤) ــ وكذا لو استأجر دابة للحمل ، فان له تحميلها النوع والقدر المعتادبما لا ضرر منه عليها ، فليس له أن يحملها أكثر من طاقتها المعتادة مطلقاً ، ولا أن يحملها الاشياء الثقيلة كالحديد والاحجار الا أن يأذن المؤجر . وعندئذ يتقيد من حيث المقدار أيضاً بطاقتها المعتادة ، والا كان ضامناً للدابة اذا تلفت ، اذيعتبر متعديا (ر : المجلة (٥٥٥) وشروحها ، ورد المحتار في الاجارة ٥/ ٢٢) .

٥) ــ من اللازم في اجارة العقار تعيين نوع المنفعة المقصودة بصورة تمكن من حسم النزاع .

ومع هذا يصح استئجار الدار والحانوت دون بيان ما استؤجرا لأجله . وعندئذ يصار الى تحكيم العرف والعادة في كيفية استعماله وفي سواغية ربط الدواب فيه ، وليس له أن يمارس فيه ما يوهن أو يضر البناء كالحدادة والقصارة ونحوهما ، لأن من الملحوظ منعه عرفاً إلا بإذن المؤجر (المجلة : ٥٢٧ و ٥٢٨) .

فاذا لم يكن تعيين كيفية الاستعمال ممكناً بالعرف وجب بيانه بالعقد كما في استئجار الأرض للزراعة ، فانه يشترط في العقد بيان

لاختلاف أنواع المزروعات في نفع الارض وضررها (ر: المجلة/٥٢٤) .

ولم يلجأ الفقهاء هنا الى تحكيم العادة والعرف لأن الناس تزرع في الارض شتى الاصناف القابلة لها ، ولكن تتفاوت رغبات المؤجرين والاجور بالنسبة الى أصناف المزروعات بحسب درجة تأثيرها في قوة الارض الانباتية .

٦) ــ تدل الفروع الفقهية في أحكام الجوار أنه لايجوز لأحدٍ ذي حق في منفعة ان يتجاوز في استيفاء حقه الى حد يضر بغيره ، فلو فعل كان ضامناً للضرر .

ومقياس التجاوز وعدمه انما هو العرف والعادة .

فلو أوقد صاحب الأرض أو مستأجرها ناراً في الأرض، فتطاير منها ما أحرق شيئاً لجيرانه من بيادر أو غيرها : فان كان أوقدها بصورة معتادة عرفاً فهو غير ضامن ، وإن تجاوز المعتاد أو أوقدها في هبوب الريح كان ضامناً (ر : الدرر شرح الغرر آخر الاجارة ٢/٢٤٠)[1] .

---

(١) وهذا يتلاقى ويتفق مع ما استقر عليه التفكير القانوني اليوم في النظرية الحقوقية الحديثة المسماة : نظرية التعسف في استعمال الحق abus de droit

فالشريعة الاسلامية قد سبقت الى تقرير موضوع هذه النظرية في شتى فروع الاحكام التي يعرفها المطلعون .

٧) ــ وكذلك ليس للمستعير أن يجاوز المعتاد عرفاً في كيفية استعمال العارية . فان فعل كان ضامناً ان هلكت أو تضررت ، رغم أن العارية في الأصل تعتبر أمانة في يده غير مضمونة . وذلك لأنه بتجاوزه المعتاد في استعمالها ، يصبح في العرف متعدياً .

٨) ــ ان مقتضى عقد الايداع أن يحفظ الوديع الوديعة بنفسه في حرز مثلها ، وأن لايودعها عند غيره ، لأن مبنى الايداع على الثقة الشخصية بالوديع نفسه .

على أن الفقهاء سوغوا للوديع على سبيل الاستثناء أن يحفظ الوديعة بواسطة من في عياله من زوجة أو ولد كبير أو أجير خاص غير مياوم ، لأن الوديع لايستغني عن الاستعانة بهم ، ولايعتبر بذلك مقصراً في الحفظ عرفاً ، فلا يضمن الوديعة إذا تلفت أو سرقت عندهم ، لكن بشرط أن لايحفظها إلا عند من يحفظ مثلها عند مثله عادة وعرفاً ، فيحفظ مثلاً فرس الوديعة عند سائسه أو خادمه ؛ ويحفظ عقد الجوهر عند زوجته . فلو حفظ العقد النفيس عند الخادم كان مفرطاً مقصراً عرفاً فيضمنه ان ضاع او تلف (ر : المجلة / ٧٨٠ - ٧٨٢ وشروحها) .

٤٩٨ ــ هذه أمثلة يسيرة من شتى الاحكام الكثيرة التي تزخر بها الفصول الفقهية من كل باب ، يتجلى بها ما لعرف الأفعال العادية في

الأكل والشرب واللبس والركب والحفظ والانتفاع الخ ... كمية وكيفيةً من سلطان يقيد العقود ، ويحدد حدود الالتزامات ، وينشىء الضمانات في العلائق المدنية .

٤٩٩ ـ ب ـ عرف المعاملات المدنية :

عندما يكون عرف الناس منصباًعلىتوزيع الحقوق والالتزامات بين طرفين في بعض المعاملات المدنية دون أن يصادم نصاً تشريعياً آمراً يكون من الطبيعي ، بل من البديهي ، احترام سلطان هذا العرف في اثبات الحقوق وانتفائها ، لأنه عندئذ يكون في قوة العبارة المنشئة للحق ، وصراحة الشروط الجائزة ، إذ يعتبر أن المتعاقدين يتركان التصريح بما جرى عليه التعارف ، اعتماداً منهما على العرف .

بل قد جاءت النصوص التشريعية من السنة ذاتها في بعض فروع الأحكام معللة بالعرف كما سنرى في الفرع الثالث الآتي .

وعلى هذا وضعت القاعدة السالفة البيان : « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » ، والقاعدة الأخرى القائلة : « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » ، كما قرر الفقهاء كثيراً من الأحكام المبنية على العرف والتعامل ، وأحالوا أيضاً على عرف المعاملات في كثير من المواطن التفصيلية التي يخضع تفصيل جزئيات الحقوق فيها لحكم هذا العرف.

٥٠٠ — فمن أمثلة ذلك المسائل الآتية :

١) — قرر الفقهاء انه يجوز للصديق وهو في بيت صديقه أن يأكل مما يجد أمامه ، وان يستعمل بعض الادوات للشرب ونحوه بلا اذن صاحب البيت ، لأن ذلك مباح له عرفاً . فلو انكسرت الآنية اثناء استعماله المعتاد ، أو تلفت بآفة سماوية لايكون ضامناً لها شرعاً كما يضمن الغاصب ، لأنه لم يعتبر متعدياً .

وكذلك قالوا : يجوز للانسان ان يتناول من الثمار الساقطة المتروكة تحت شجرها في اراضي البساتين بلا اذن صاحبها اذا كانت من الانواع التي يتسارع اليها الفساد لو بقيت ، لأن العرف على إباحة ذلك . فلا يكون ضامناً لما أكل ، إلا أن ينهاه صاحبها عن التناول منها ، او يكون صاحبها قائماً بتتبعها وجمعها ، فلا بد عندئذ من الاذن .

فهنا قد ورد العرف على اباحة المال ، واعتبر نافيا للضمان .

٢) — ثبت في السنة بشأن الفتاة البكر البالغة اذا استأذنها وليها في عقد نكاحها أن النبي ﷺ قال : « اذنها صمتها » : أي أن سكوتها عن الجواب دون رفض أو تفويض ، يعتبر منها اذناً وتوكيلاً ، فيسري عليها التزويج المبني عليه .

وقد علل ذلك بدلالة العرف ، اذ يغلب على الفتيات الابكار في هذا المقام الخجل من ابداء الرغبة عادة بينما لايخجلن من اظهار الرفض

كما تقدم في بحث القياس (ر : ف/١١ سابعاً) .

وموضوع العرف هنا ليس عملاً حيوياً عادياً ، بل معاملة مدنية هي الاذن بالتزويج ، فقد حقق النص التشريعي عقد الوكالة بالسكوت بناء على هذا العرف المدني .

٣) ـ ونظير ذلك عقود التعاطي التي أقر الفقهاء فيها انعقاد المعاوضات المالية بالقبض والدفع دون ايجاب وقبول باللفظ ، كما لو سأل راغب الشراء صاحب البضاعة عن سعرها فبينه له ، أو وجد سعرها مكتوباً عليها ، فدفعه له وأخذها ومضى ، وكلاهما ساكت ؛ فان البيع ينعقد بينهما شرعاً . ومستند الفقهاء في ذلك هو العرف العام الذي يعتبر القبض بعد معرفة الثمن في قوة التعبير عن الارادة بالايجاب والقبول في عادة الناس .

٤) ـ ان الالتزامات التبعية الناشئة بعقد المعاوضة كأجرة السمسار وكتابة الصك ، وأجرة اخراج البضاعة المبيعة من مستودعها وأجرة كيلها أو وزنها لأجل تسليمها ، وكلفة وزن الثمن أو نقله اذا كان مما يحتاج الى كلفة ، وأجرة قطع الثمار المبيعة على شجرها الخ ... كل ذلك اذا سكت المتعاقدان فيه عن بيان مايلتزم به كل منهما فقد اعتبر الفقهاء العرف أولاً في الزام كل منهما بما تعورف أنه يلزمه .

فان لم يكن عرف فقد نصبوا لها ضابطاً يقوم على أساس أن

مايتوقف عليه تسليم الثمن فعلى المشتري، وما يتوقف عليه تسليم المبيع فعلى البائع ، مع بعض تفصيل معروف في محله (ر : المجلة/ ٢٨٨ ـــ ٢٩٢) .

فقد اعتبروا العرف في توزيع هذه الالتزامات على الطرفين مقدما على الضابط الفقهي في توزيعها .

ومثل ذلك ماجرى العرف ببيعه محمولا على حساب البائع الى بيت المشتري ، فان حمولته عندئذ يلزم بها البائع عملا بالعرف ، والا فالأصل أن تكون حمولة المبيع على المشتري .

٥) ـــ في باب شمول المبيع قرر الفقهاء من جملة قواعده أن كل ماجرى عرف الناس على تبعيته للمبيع يدخل في البيع بلا ذكر ، ويستحقه المشتري بلا ثمن اضافي .

ففي بيع البعير يدخل خطامه الموجود عليه ، وفي بيع الفرس يدخل رسنها كذلك ، لتعارف الناس على هذا في الدواب التي تحتاج الى مقود . بخلاف بيع الحمار والغنمة فانه لايدخل فيه مقودهما الا اذا ذكر في العقد لعدم العرف ، ولكن تدخل قلادة الحمار (ر : المجلة ومرآتها وشرح الباز وعلي حيدر : م ٢٣٢) .

وفي بيع الدار يدخل مفتاحها . وفي بيع الدراجة المسماة بالافرنجية (بيسيكليت) يدخل منفاخها والمفاتيح الاساسية لفك أجزائها ،

وحقيبة أدواتها التي تعلق عليها للعرف في ذلك ، ولكن لايدخل مصباحها الا بالذكر لعدم العرف.

وفي بيع السيارة اليوم كذلك يحكم العرف فيما يتبعها بلا ذكر أو لايتبعها [1].

٦) — مما يشترط لصحة البيع شرعاً معلومية الثمن : أي تحديده في العقد نوعاً وقدراً ، أو أن يكون معيناً بالذات كما لو كان حاضراً مشاراً اليه .

ولكن صرح الفقهاء أنه إذا وقع البيع بمبلغ من الدنانير أوالدراهم مثلاً دون أن يبين العاقد نوعها ، وكان في البلد منها أنواع مختلفة في

---

(١) - وفي حقوق العقار الارتفاقية كالشرب والممر والمسيل يذكر الفقهاء انها لا تدخل في بيع الدار ونحوها الا إذا ذكرت في العقد ، أو ذكر أن الدار بيعت بحقوقها ومرافقها جملة ، ونحو ذلك من الألفاظ العامة التي تتناولها (ر : المجلة / ٢٣٥ وشروحها والدرر: ٣ / ١٤٩) .

ولكن العلامة ابن عابدين افتى أخيراً بدخول حق الشرب من الاقنية والانهار في الديار الشامية وان لم يذكر في بيع الدار ما يشعر بدخوله ، لأن عرف هذه البلاد على ذلك (ر : مجموعة رسائل ابن عابدين : ٢ / ١٣٦) .

أقول : وينطبق أيضاً هذا في مدينة دمشق اليوم على ما يخص عقاراتها من مياه « الفيجة » التي تشترى لهاوتمد اليها بالانابيب ،فان العرف على دخولها بلاذكر.

لكن في الأراضي الزراعية ذات حقوق الشرب من الانهار الخاصة لايدخل الشرب في بيع الأرض الا بذكره أو ذكر الحقوق والمرافق، لأنهم متعارفون على التصرف بشرب الأراضي بيعاً وشراء منفرداً عن الارض .

القيمة والرواج ، فان العقد يصرف بحكم العرف الى النوع الأروج : أي الأكثر تعاملا وتداولا بين الناس في بلد العقد ، ويكون كل من العاقدين ملزماً بذلك .

فاذا كانت أنواعها متساويه في الرواج مع اختلاف القيم فعندئذ يفسد البيع ويستحق الفسخ (المجلة/٢٤٠ وشروحها) وذلك لتأديته الى نزاع مشكل : فان البائع عندئذ يطلب الأعلى قيمة ، والمشتري يتمسك بالأدنى ، ولا يوجد عرف يرجع اليه لتساويها في الرواج .

٧) ـــ ان كيفية دفع أجرة المأجور يتبع فيها شرط العاقدين .

فان لم يشترطا شيئاً فان كيفية الدفع عندئـــذ تخضع للعرف في التعجيل أو التأجيل أو التنجيم : أي التقسيط .

فان لم يكن في ذلك عرف معروف ففي كيفية دفع الأجرة في إجارة العقار ، أو الأشخاص ، أو الأشياء والحيوان ، يوجد تفصيل فقهي مبين في كتاب الاجارة من المدونات الفقهيـــة ، وفي المواد /٤٦٦ ـــ ٤٨٣/ من المجلة .

فالنظر في ذلك إلى العرف، عند عدم الشرط العقدي ، هو المقدم فقهـاً .

٨) ـــ لوجهز الأب ابنته من ماله في زواجها ، ثم اختلف وإياها في أن ما أخرجه لها كان على سبيل العارية فيحق له استرداده ، أو كان

على سبيل التمليك فهو لها ، وكذلك لو ماتت البنت ، والحالة هـذه ، فوقع الاختلاف في ذلك بين الأب والزوج من أجل نصيبه الارثي ، فالذي استقر عليه رأي الفقهاء في هذا المقام هو تحكيم العرف بالنظر الى عادة الناس وحال الأب من حيث الوجاهة وعدمها :

ــ فاذا كان العرف مستمراً أو غالباً أن مثل هذا الاب إنما يخرج مثل هذا الجهاز عادة على سبيل التمليك ، فالقول للبنت لو كانت حية، أو للزوج لو متوفاة .

ــ أما إذا كان في العادات الجارية أن مثل هذا الأب لا يخرج مثل هذا الجهاز تمليكاً فالقول للأب في أنـه عارية (ر : كتاب « القول الحسن في جواب : القول لمن ؟ »[1] في باب الهبـة ، ورسائل ابن عابدين : ٢/١٣٤ نقلاً عن أمهات كتب المذهب الحنفي) .

وهكذا في كثير من مسائل « القول لمن ؟ » يستند الفقهـاء الى العرف في الترجيح القضائي بين مزاعم المتداعين .

٩)ــ في قضية الرسائل والصكوك نص الفقهاء على أنها لكي تعتبر

---

(١) ــ مسائل « القول لمن ؟ » هي الوقائع التي يشتبه فيها أمر الفصل القضائي في مزاعم المتداعين المتعارضة ، ويحتاج فيهـا الى نظر وتأمل في تخريجها الفقهي وترجيح قول أحدهما ترجيحاً مبدئياً حتى يثبت خصمه خـلافه ، وقد أوردت بعضها المجلة في فصل « القول لمن » (م / ١٧٧١ ــ ١٧٨٢) .

وتكون كالنطق باللسان يجب أن تكون مكتوبة وفقاً للعرف والعادة ، بأن تكون مستبينة مرسومة .

ومعنى كونها مستبينة :أن تكون على شيء تظهر عليه ؛ فلا عبرة للكتابة بالاصبع مثلاً على الهواء أو الماء أو الجدار ، ولا ينعقد بها تصرف

ومعنى كونها مرسومة : أن تكون محررة وفقاً للمراسم والتقاليد المعتادة .

ففي الرسالة المكتوبة :يجب اليوم أن تكون على قرطاس،ومعنونة، ومصدرة ببيان المرسل والمرسل اليه كقولهم من فلان بن فلان الى فلان ابن فلان ومختومة بخاتم المرسل أوموقعة بتوقيعه (ر : م/٦٩وشرحها للأتاسي ، ورد المحتار : ٤٢٨/٢) .

فالكتابة اليوم على عظم أو جلد أو ورقة شجرة لاعبرة لما فيها من خطاب بايجاب بيع أو شراء أو طلاق أو غير ذلك ؛ وكذا اذا كان الكتاب على قرطاس ولكنه لم يكن معنوناً ، لأن كل ذلك يعتبر غير مرسوم .

أقول : في عصرنا اليوم لاحاجة الى تصدير الكتاب بذكر المرسل، بل يكفي تصديره باسم المرسل اليه، ثم التوقيع في ذيل الكتاب .

ومن العرف الزمني اليوم الاكتفاء في تحرير الصكوك بتوقيع

ذي العلاقة عليها فقط دون خطاب في أولها ، ودون بيان ان الموقع يقر ويعترف بمضمونها . فمجرد توقيعه على صك يتضمن عقداً بينه وبين غيره ، أو تصرفاً من تصرفات الارادة المنفردة كطلاق أو وصية أو وقف ، يعتبر إقراراً خطياً من الموقع بمضمون الصك .

حتى إن من العرف التجاري الذي يؤيده قانون التجارة أن مجرد توقيع الشخص الثالث على سند الأمر المسمى (كمبيالة) دون ذكر اية عبارة ، يعتبر كفالة منه، وأن المستفيد من سند الأمر إذا وقع في ظهره توقيعاً مجرداً على بياض وسلمه لشخص كان ذلك التوقيع حوالة منه إلى المستلم أو إلى من يختاره المستلم

فكل ذلك أعراف معتبرة تثبت لها أحكامها شرعاً .

هذا ، ومما يجدر التنبيه اليه من العرف الزمني في أمر الصكوك أن التوقيع على صك من شخص ذي علاقة ، ولو كان هو غير العاقد ، يعتبر رضى بالعقد في عرف الناس اليوم ، لان وضع التوقيع إنما يقصد به غرض توثيقي ، وإلا كان عبثاً ، فهو يوضع عادة للتعبير عن الرضى والموافقة .

وعلى هذا لو عقد فضولي [1] إجارة على مال شخص ، وكتب بالعقد

---

(١) ـ الفضولي: هو الذي يتصرف عن غيره بلا اذنه تصرفا قولياً، كبيع واجارة ونحوهما . فيكون عقده موقوفاً على اجازة صاحب حق التصرف : فان=

صك وقعه العاقدان ، ثم اطلع عليه المالك فوقعه باسمه أيضاً . فتوقيع المالك يعتبر بحسب العرف إجازة لعقد الفضولي ، فينفذ على المالك[1] .

٥٠١ ــ هذه صور متنوعة أوردناها على سبيل التمثيل وقد اقتطفناها من مختلف النواحي الفقهية التي تغلغل فيها تأثير العرف المدني في المعاملات ، وهي غيض من فيض . ومنها يعرف ما أقره النظر الفقهي للعرف في المعاملات أيضاً من حاكمية وسلطان .

ملاحظة :

الاحكام المبنية على العرف تتبدل بتبدله

٥٠٢ — ومن الواضح بعدما تقدم أن جميع ما بني من الاحكام على العرف يتبدل بتبدل العرف ، ويدور معه كيفما استدار . ذلك لأن من المقرر فقهاً أن الحكم يدور مع العلة . وعن هذا وضعت القاعدة الفقهية القائلة : «لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان» (ر : المجلة / ٣٩ وشروحها) .

ولا فرق في العرف الذي تخضع له الاحكام بين العرف العام والعرف الخاص ، غير أن العرف الخاص بمكان أو بفئة من الناس

=إجازه نفذ وإن رده بطل . (وانظر ما تقدم ف ١٩٤ / ٣ سابعاً) .

(١) ــ وهذه حادثة الفتوى من وقائع العصر ، وقد سئلت عنها فأجبت بهذا الجواب .

يقتصر اعتباره وسلطانه على المكان او الفئة اللذين استقر العرف فيهما ، ولا يتعداهما . فقد يكون العرف اللفظي او العملي في موضوع ما، كمعنى كلمة الفريضة الشرعية ، وكتأجيل قدر من المهر او تقسيط اجرة العقار ، مختلفاً بين مكان وآخر . فيجري على أهل كل سكان حكم عرفهم الخاص . وسيأتي لذلك مزيد بيان .

(ر: شرح المجلة لعلي حيدر وللاتاسي م/ ٣٦ ـــ ٤٠/ و« الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام » للشهاب القرافي المالكي في جواب السؤال/ ٣٩/ ص/ ٦٨) .

الفرع الثاني

شرائط اعتبار العرف

٥٠٣ ـــ إن ما تقدم بيانه من الاعتبار الشرعي للعرف ، وماله من سلطان في ميدان الاحكام العملية بين الناس توليداً وتحديداً ، مشروط بشرائط يجب توافرها في العرف لكي يكون له هذا السلطان.

وتلك الشرائط التي يذكرها الفقهاء والاصوليون في مناسباتها المختلفة تتلخص بأربع :

١)ـــ أن يكون العرف مطرداً او غالباً

٢)ـ ان يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائماً عند انشائها .

٣) ـ ان لايعارض العرف تصريح بخلافه

٤) ـ ان لايعارض العرف نص شرعي بحيث يكون العمل بالعرف تعطيلاً له .

وسنتولى ايضاح هذه الشرائط فيا يلي :

٤٠٥ ـ الشريطة الاولى : ان يكون العرف مطرداً أوغالباً.

المراد هنا من اطراد العرف بين متعارفيه : ان يكون عملهم به مستمراً في جميع الحوادث لايتخلف ، فالعرف مثلاً على تقسيم المهر في النكاح الى معجل ومؤجل إنما يكون مطرداً في البلد إذا كان أهله يجرون على هذا التقسيم في جميع حوادث النكاح .

والمراد من غلبة العرف :أن يكون جريان أهله عليه حاصلا في أكثر الحوادث .

فاشتراط الاطراد أوالغلبة في العرف معناه اشتراط الاوغلبية العملية فيه لأجل اعتباره حاكماً في الحوادث [1] .

---

(١) ـ أما الأغلبية العددية بمعنى أن يكون العرف جارياً بين جميع القوم أو أكثرهم فهي ليست من قبيل الشرائط ، بل هي ركن في تكوين العرف لا يتحقق معناه دونها ؛ وهي النصاب العددي الذي تقدم بيانه لتحقق معنى العرف=

فان العادة تسمى عرفاً متى اعتادها اكثر القوم ولو كانوا لايجرون عليها إلا في أقل أعمالهم . وإذا تساوى عملهم بها وعدمه سميت عرفاً مشتركاً ، وهو لايعتبر في معاملات الناس ، ولايصلح مستنداً ودليلاً للرجوع اليه في تحديد الحقوق والواجبات المطلقة ، لأن عمل القوم به أحيانا إذا صلح دليلا على قصدهم الى تحكيمه فتركهم له أحياناً مماثلة أو أكثر ينقض هذه الدلالة .

ومن ثم كان من شرائط اعتبار العرف ، بنوعيه اللفظي والعملي ، أن يكون مطرداً أو غالباً بهذا المعنى .

والاطراد أو الغلبة لايستلزمان أن يكون العرف عاما ، فان عموم العرف غير اطراده :

ــ فالعرف العام : هو الذي يكون منتشراً في جميع البلاد .

ــ والعرف الخاص :هو الذي يتعارف في بلدأو بلدان معينة دون سواها ، أو بين أهل حرفة أو صناعة مخصوصة دون سواهم .

فكل من العرف العام والخاص يشترط لاعتباره وتحكيمه في المعاملات المطلقة أن يكون في محيطه مطرداً او غالباً على أعمال أهله ، لأن العرف ، وان كان عاماً ، قد يكون غالباً في أعمال الناس بالمعنى

=لأن العادة الفردية لاتصبح عرفاً الا اذا اعتادها أكثر القوم في بيئتها، اذن العرف هو عادة الجمهور (ر : ف / ٤٨٣ - ٤٨٤) .

المشروح أو لا يكون .

٥٠٥ ـ الشريطة الثانية: أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائماً عند انشائها .

العرف انما يعمل فيما يوجد بعده لا فيما مضى قبله .

فالعرف الحاكم في أمر من الأمور بين الناس يجب أن يكون موجوداً عند وجود هذا الأمر ليصح حمله عليه . وهذا احتراز عن العرف الحادث ، فانه لاعبرة له بالنسبة الى الماضي ولا يحكم فيه .

وهذه الشريطة أيضاً شاملة للعرف اللفظي والعملي :

أ) ـ ففي العرف اللفظي رأينا أن كلام المتصرف بالارادة المنفردة كالوقف والحلف والنذر والوصية والطلاق ، وكذا كلام العاقد في العقود ، إنما يحمل على معانيه العرفية دون معانيه اللغوية في أصل اللغة. ولكن هذا العرف اللفظي الذي تحمل عليه معاني الكلام انما هو العرف القائم حين صدور هذه التصرفات من أصحابها ، لأنه هو الذي يعين مراد المتكلم .

فاذا تغير العرف بعد ذلك في مفاهيم تلك الألفاظ والتراكيب الواردة في الوقفيات والوصايا وسائر الصكوك فلا عبرة للعرف الحادث في تفسير التصرفات القولية الواقعة في ظل العرف القديم ، وانما الذي يحمل على العرف اللفظي الجديد هو ما يصدر بعده من تصرفات.

فلفظ « على الفريضة الشرعية » مثلا في كلام الواقفين والموصين معناه العرفي الى اليوم أن يكون للذكر من غلة الوقف أو مال الوصية ضعف ماللانثى . فلو تبدل العرف في هذا التعبير فأصبح معنـــاه التساوي في الحصص بين الذكور والاناث لايؤثر هـذا التبدل في أحكام الوقفيات والوصايا السابقة الجارية على مقتضى العرف اللفظي الأول .

يقول العلامة ابن نجيم في (الأشباه والنظائر الفن الأول ١/١٣٣):

« العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر . ولذلك قالوا : لاعبرة بالعرف الطارىء »

ومثل ذلك يقال في نصوص الشارع أيضاً :

فالنصوص التشريعية يجب أن تفهم بحسب مدلولاتها اللغوية والعرفية في عصر صدور النص ، لأنها هي مراد الشارع ، ولاعبرة لتبدل مفاهيم الالفاظ في الاعراف الزمنية المتأخرة ، وإلا لم يستقر للنص التشريعي معنى .

فمثلاً لفظ « في سبيل الله » من آية مصارف الزكاة له معنى عرفي إذ ذاك ، هو مصالح الجهاد الشرعي ، أو سبل الخيرات مطلقاً على اختلاف بين العلماء في ذلك .

ولفظ « ابن السبيل » فيها ايضاً معناه العرفي : من ينقطع من الناس

في السفر [1] .

فاذا تبدل عرف الناس في شيء من هـذه التعابير ، فأصبح مثلا معنى « سبيل الله » طلب العلم خاصة ، وأصبح معنى « ابن السبيل » الطفل اللقيط الذي لايعرف له أهل ، فان النص التشريعي يظل محمولاً على معناه العرفي الأول عند صدوره ، ومعمولاً بـه في حدود ذلك المعنى ، لأنههو مراد الشارع ، ولاعبرة للمعاني العرفية أو الاصطلاحية الحادثة بعد ورود النص ، يقول القرافي :

« دلالة العرف مقدمـة على دلالة اللغة لان العرف ناسخ للغة ، والناسخ يقدم على المنسوخ . فكما ان عقد البيـع يحمل فيه الثمن على النقود المعتادة ، ولا عبرة في هذا البيـع لتبدل العادات بعده في النقود ، كذلك نصوص الشريعـة لايؤثر فيهـا الا ماقارنهـا من العادات » اهـ باختصار [2]

ب ـــ وفي العرف العملي أيضاً إنمـا يعتبر في كل تصرف من الاعراف المؤثرة فيه ماكان موجوداً عندالتصرف دون الحادث بعده.

فلو تبدل عرف الناس مثلاً فيما يعد عيباً في المبيع ، او فيما يدخل في البيع تبعاً للمبيع ، او في تقسيط اجرة العقارات المأجورة ، أوفي

---

(١) ـــ ر : تفسير الجلالين ، سورة التوبة الآية / ٦١ / ورد المحتار ، باب المصرف في الزكاة ٢ / ٦١ .

(٢) ـــ ر : كتاب « مالك » للاستاذ الشيخ محمـد أبي زهرة ف / ٩٣ / ص / ٢٥٠ نقلاً عن تنقيـح الفصول للقرافي : ص ١٩٤ .

كون سنة الايجار شمسية او قمرية ، او في تقسيم المهر في النكاح الى معجل ومؤجل ، الى غير ذلك من الشؤون ، فان العرف الحادث لا يسري على التصرفات السابقة ولا يبدل شيئاً من أحكامها والتزاماتها ، وانما تخضع له التصرفات الجديدة الواقعة في ظله .

٥٠٦ ـ الشريطة الثالثة : أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه :

هذه الشريطة قيد أساسي في القاعدة المتقدمة في بيان عرف المعاملات ، وهي ان « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » .

فقد تقدم أن علة تنزيل الأمر المعروف منزلة المشروط هي أن سكوت المتعاقدين عن الأمر المتعارف وعدم اشتراطهم إياه صراحة يعتبر واقعاً منهم اعتماداً على العرف الجاري (ر : ف/٤٩٩) .

فاثبات الحكم المتعارف في هذه الحال انما هو من قبيل الدلالة ، فاذا صرح بخلافه بطلت هذه الدلالة ، إذ من القواعد الفقهية المقررة انه : « لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح » (ر : المجلة/١٣) .

يقول الامام عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام الشافعي في كتابه « قواعد الاحكام » (٢/١٧٨) .

« كل مايثبت بالعرف اذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد ، ويمكن الوفاء به صح . فلو شرط المستأجر على الاجير ان يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب ويقطع المنفعة لزمه ذلك ولو شرط عليه ان يعمل شهراً ، في الليل والنهار بحيث

لاينام ليلاً ولانهاراً فالذي أراه بطلان هذه الاجارة لتعذر الوفاء به ، فكان ذلك غروراً لاتمس الحاجة اليه » اهـ باختصار .

ويقول العلامة التركي علي حيدر في شرح المادة / ٣٧ / من المجلة :

« ان العرف يكون حجة اذا لم يكن مخالفاً لنص او شرط لاحد العاقدين . فلو استأجر شخص اجيراً للعمل من الظهر الى العصر فقط ، ليس له أن يلزمه بالعمل من الصباح الى المساء بحجة ان عرف البلدة هكذا »[1] .

وعلى ذلك تتقيد الاعارة في الزمان والمكان والمقدار بما يقيدها به المعير ولو جاء قيده مخالفاً للمعتاد ، إذ لا عبرة للمعتاد مع التصريح بخلافه . فلو استعار شخص دابة مثلا للركب أو للتحميل يعتبر مأذونا بركوبها أو بتحميلها القدر المعتاد في أمثالها عرفاً .ولكن لو نهاه المعير صراحة عن ركوبها أكثر من مدة أو عن تحميلها أكثر من مقدار حددهما له ،لايجوز للمستعير أن يزيد عليه ولو مقداراً لايتجاوز المعتاد. فان زاد كان معتدياً في حكم الغاصب (ر : م/٨١٦ ــ ٨١٧) .

٥٧٠ ــ الشرط الرابع : أن لايكون في العرف تعطيل لنص ثابت ، أو لأصل قطعي في الشريعة .

إذا كان العرف مخالفاً لبعض الأدلة الشرعية من نصوص الشريعة أَو من قواعدها وأُصولها ، فالمبدأ العام الذي يستخلص من أقوال الفقهاء الباحثين إجمالا هو أنه : اذا ترتب على العمل بالعرف تعطيل

---

(١) ـ ر : تعريب الشرح المذكور للمحامي الاستاذ فهمي الحسيني .

لنص شرعي أو أصل قطعي في الشريعة لم يكن عندئذ للعرف اعتبار، لأن نص الشارع مقدم على العرف .

وأما اذا لم يترتب على العرف هذا التعطيل ، بل كان العرف مما يمكن تنزيل النص الشرعي عليه أو التوفيق بينهما فالعرف عندئذ معتبر ، وله سلطان محترم .

والتمييز بين هاتين الحالتين يقوم على نظر تفصيلي تختلف فيه النتائج بحسب كون العرف مخالفاً لنص أو أصل قطعي ،أو مخالفاً لأدلة اجتهادية وكذا بحسب كون العرف المخالف للنص مقارناً لوروده أو حادثاً بعده، وبحسب كون العرف لفظيا أو عمليا ، وعاما أو خاصا .

وهذا ماسنشرحه في الفصل الثالث التالي الذي نفرده للبحث في مخالفة العرف للأدلة الشرعية :

الفصل الثالث

مخالفة العرف للأدلة الشرعية

٥٠٨ ــ إن عرف الناس وتعاملهم قد يتخطى حدود التشريع الأساسية ، فيخالف نصاً من نصوص الشريعة ، أو بعض الآراء الاجتهادية المقررة فيها .

فما هو موقف الفقه الاسلامي عندئذ من سلطان العرف، وما درجة تسامحه مع العرف في هذا التخطي ؟

هذه قضية جوهرية ذات خطر ، لأنها تتصل بمعنى التشريع وحياته وسيادته .

لقد وقف الفقه الاسلامي في هذه القضية موقفاً حكيماً جمع فيه بين المرونة اللازمة لتطور الأحكام التي يجب أن تتكيف بحسب ظروف الحياة ، وبين المحافظة على المبادىء الاساسية الثابتة .

وسنشرح فيما يلي هذا الموقف الفقهي بالتفصيل :

٥٠٩ ــ ان مخالفة العرف للأدلة الشرعية تقع على ثلاث حالات مختلفة النتائج :

١) ــ فإما أن يصطدم العرف بنص تشريعي خاص من نصوص القرآن أو السنة الثابتة ، آمر بخلاف ماجرى عليه العرف .

٢) ــ وإما أن يتعارض العرف مع نص عام .

والمراد بالنص الخاص هنا : مايكون وارداً عن الشارع بشأن الأمر الذي هو موضوع العرف ناهيا عنه بخصوصه .

أما النص العام : فالمراد به هنا مايكون فيه حكم شامل للأمر المفروض فيه جريان العرف ، وشامل لغيره أيضا ، بحيث يكون الأمر المتعارف هو من بعض أفراد النص ومشمولاته[1] .

٣) ــ وإما أن يخالف الآراء الاجتهادية :أي الأحكام التي قررها

---

(١) ـ **العموم والخصوص** في اصطلاح علماء اصول الفقه هما في الأصل من أوصاف الألفاظ بالنظر الى مفاهيمها .

فاللفظ الخاص :هو الذي يدل على فرد، كرجل وامرأة وانسان (بالتنكير) ، أو على أفراد محصورة ، كأسماء الاعداد ، مثل ثلاثة ، وعشرة الخ ...

واللفظ العام : هو الذي يتناول افراداً كثيرة غير محصورة على سبيل الشمول والاستغراق : أي أنه يشملها جميعاً ، مثل قوله تعالى في القرآن : « ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلًا » وقول النبي عليه السلام « **ما أسكر** كثيره فقليله حرام » . فلفظ « الناس » ولفظ « ما » عامان .

(ر : « **المستصفى** » للغزالي ٢/٣٥ - ٣٦ الطبعة الاولى الاميرية ، و « **كشف الأسرار** » شرح اصول البزدوي ٢/٢ وما بعدها) .

وبعموم اللفظ في النص يوصف النص والحكم الذي يتضمنه بالعموم أيضاً .

الفقهاء تخريجاً وتفقهاً بطريق القياس أو الاستحسان أو الاستصلاح في المسائل الحادثة التي لم يرد عليها نص صريح في الشريعة .

وعلى هذا يتفرع الكلام في هذا الفصل الى ثلاثة فروع :

الفرع الأول

حالة اصطدام العرف بنص تشريعي خاص

٥١٠ ـ إذا تعارف الناس على عمل من الأعمال العادية أو المدنية ، وكان الأمر الذي تعارفوه منهياً عنه وممنوعاً بنص خاص : أي بنص وارد عن الشارع لمنع هذا الأمر بخصوصه ، كما كان الجاهليون متعارفين التبني مثلا وإجراء حكم البنوة الحقيقية فيه فنهى عنه القرآن بخصوصه ، فإن هذا العرف عندئذ لا اعتبار له ولا قيمة. فهو عرف مرفوض يجب تغييره لا اقراره ، ولا يجوز القضاء به بحال ، سواء أكان العرف خاصاً أو عاماً ، وسواء أكان حادثاً بعد ورود النص ، أو قائماً قبل .

وذلك لأنه لما صادم العرف إرادة الشارع الخاصة في موضوع ما أصبح الفقيه المكلف بتطبيق الشرع بين أمرين اثنين :

ـ إما أن يعمل بالعرف ، وهذا إهمال تام لنص الشارع ، وذلك

لايسوغ إلا في احوال الاضطرار الطارىء ، لان الشارع نفسه قد شرع الاهمال الموقت في الاحوال الاضطرارية .

وإما ان يعمل بالنص ويهمل العرف ؛ وهذا الذي يجب المصير إليه .

فمن البديهي ان الشريعة إلزامية ، ولم تشرع إلا لكي تنفذ نصوصها وتحترم . فلا يجوز تعطيلها بالتعامل على خلافها ، وإلا لم يبق للتشريع معنى . (ر : « الموافقات » للشاطبي المسألة /١٤/ من النوع الرابع من كتاب المقاصد ٢/٢٨٣ ـ ٢٨٤) .

٥١١ ــ وقد أسلفنا ان من الأعراف ما يكون في ذاته حسناً عادلاً ، ومنها ما يكون قبيحاً وجائراً ، وان من مقاصد الشرائع التي تسن أن تقر الحسن وتنهى عن القبيح ، وتوجه الناس في أعمالهم ومعاملاتهم الى الخير العام . والمرجع في تمييز الحسن العادل من القبيح الجائر إنما هو أمر الشارع ونهيه ، لأن الشارع يزن الأمور وينظر الى نتائجها من جميع نواحيها لا من بعض النواحي دون بعض فما نهى عنه بخصوصه يجب أن يعتبر مضراً بالمجتمع ولو أنه نافع لمئات أو فئات (ر : ف/٤٨٠) .

وكل تشريع إنما يقوم على أساس تقييد حرية المكلفين في بعض ميادين العمل واطلاقها في بعض ، بحسب ما يرى الشارع ويقدر من

وجوه المصلحة العامة . وقد تتفاوت حدود هذا الاطلاق والتقييد بين شريعة وأخرى . وهذا مقرر في النظريات القانونية اليوم أيضاً ، فنصوص القوانين لا يغير حكمها العرف المخالف .

ونظير هذا نظر القوانين الوضعية اليوم الى قضايا وأحكام يراها واضع القانون من « النظام العام » ، فيحجر حرية المكلفين عن كل اتفاق أو عرف على خلافها ، ويعتبره باطلاً[1] .

٥١٢ ــ ولذا جاءت الشريعة الاسلامية بالنهي عن كثير من الأعمال والعقود التي كانت متعارفة في الجاهلية بلا نكير : فحرمت الغزو الداخلي واستباحة الناس الأموال والأعراض به ، وأقامت دولة ونظاماً أخلاقياً واجتماعياً وحقوقياً أخضعت له الجميع ، مع أن الغزو الداخلي كان عرفاً مألوفاً في جاهلية العرب ، ولا يزال معتاداً لدى قبائل من البدو في بوادي بلادنا وغيرها .

وكذلك نهى النبي عليه السلام عن عقود كانت متعارفة بين العرب لانتفاء التراضي الحر فيها ، لما فيها من غرر ومشكلات . من ذلك نهيه عن البيع بالمنابذة والملامسة وإلقاء الحجر ، وبيع الملاقيح والمضامين،

---

(١) ــ كمعظم احكام قانون ايجار العقارات وقانون العمل في بلادنا السورية يوم ، وفي غيرها من البلاد التي اخضعت الايجارات وقضايا العمال لقوانين خاصة سماً لمشكلات المؤجرين والمستأجرين ، والعمال وارباب العمل . فان معظم حكامها تعد من قضايا النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافها .

وبيع ضربة القانص والغائص[1] ، وكان كل ذلك معروفاً في الجاهلية ، فنهى عنه النبي عليه السلام ، فأصبح في الاسلام ممنوعاً باطلاً . فلو عاود أهل بلد شيئاً منه وتعارفوه فلا عبرة لعرفهم[2] .

ومثل ذلك استرقاق المدين الذي كان متعارفاً في جاهلية العرب[3]

---

(١) - **البيع بالمنابذة او الملامسة او القاء الحجر** : هو ان يتراوض المتبايعان : أي يتساوما على مقايضة سلعة بسلعة ، فمتى نبذ كل منهما سلعته الى الآخر أو لمس سلعة رفيقه ، فقد انبرم البيع بلا خيار ولو لم يطلع على المبيع كما لو كان ثوباً مطوياً لم يتأمله .

وطريقة **القاء الحجر** في عرفهم : ان يلقي المشتري حصاة على عدة اثواب مثلاً فما اصابته كان مبيعاً بلا خيار ، كالقمار ، وهو اشبه بطريقة « اليانصيب » في عصرنا اليوم .

والمضامين : ماسينتج من فحول الابل من ولد ، والملاقيح : ما سينتج من اناثها .

وضربة القانص : ماسيقع في شبكة الصياد من صيد البر والبحر .

وضربة الغائص : ماسيخرجه الغواص من اللالىء في غوصته (ر . الهداية وشروحها باب البيع الفاسد : ٦/٥٥ ، ورد المحتار ٤/١٠٢ و١٠٩) .

(٢) - وعلى هذا ، اذا تعارف الناس في زمان او مكان تجارة الخمر التي حرمها الاسلام ، او الربا الذي منعه الشرع بنص القرآن الخاص ، فلا عبرة لعرفهم ولا تصح عقودهم فيه بنظر الشرع الاسلامي .

والتعامل اليوم بالخمر والربا ، وقضاء المحاكم به في كثير من البلاد الاسلامية انما يستند الى القوانين الوضعية الحديثة .

(٣) — انظر كتاب « الحق والذمة » للاستاذ الجليل الشيخ علي الخفيف استاذ الشريعة الاسلامية في كلية الحقوق بالقاهرة ، اول بحث الذمة : ص/٨٢

وعند الرومانيين ، فجاء الاسلام بمنعه وأوجب النظرة للمدين المعسر بنص القرآن الصريح في قوله تعالى : « وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » .

وكذلك عرف أهل البر في نكاح الشغار باطل لا يقضى به (ر : الدرر ، والدر المختار في كتاب النكاح) .

ونكاح الشغار : هذا هو أن يتفق شخصان فيزوج كل منهما الآخر قريبته ، فتكون هي كمهر للأخرى . وهو متعارف بين أهل البر في بلادنا الشامية وغيرها .

ومن عرفهم فيه أنه اذا ماتت إحدى المرأتين يستعيد زوجها قريبته من عند الآخر حتى يزوجه امرأة أخرى بدلاً من التي ماتت ، فكأنه ضامن لحياتها !!

وهذا النكاح مصادم للنصوص الخاصة في الكتاب والسنة ، فانها أوجبت في النكاح مهراً للمرأة تملكه هي ، كما قررت للمرأة حق اختيار زوجها ، ومنعت نشوزها أو إنشازها عنه بلا موجب مشروع .

٥١٣ ـ والخلاصة أن العرف إنما يعمل به في حدود الحرية التي تركها الشرع للمكلفين في ميادين الأعمال والالتزامات ، دون الحالات التي تولى الشارع فيها بنفسه تحديد الأحكام على سبيل الإلزام ، وإلا لأمكن أن تقلب الاعراف على الزمن أسس التشريع كلها رأساً

على عقب ، فتنقرض الشريعة بتاتاً وتصبح أثراً بعد عين .

فالنص الخاص الآمر هو المعتبر المحترم ولو صادمه عرف عام ، فلا يعتبر أي عرف أو اتفاق على خلافه .

٥١٤ — استثناء النص العرفي

على أنه يستثنى من ذلك حالة واحدة ، وهي ما إذا كان النص نفسه حين صدوره عن الشارع مبنياً على عرف قائم ، ومعللاً به ، فان النص عندئذ يكون عرفياً ، فيدور حكمه مع العرف ويتبدل بتبدله .

وقد تختلف الأنظار الاجتهادية في كون النص الخاص عرفياً أو غير عرفي فيختلف الاجتهاد ، بناء على ذلك ، في اعتبار العرف الطارىء المخالف ، وكونه مبدلاً لحكم النص أم لا . مثال ذلك مسألة مقياس الأموال الربوية .

فمن المقرر أن الأموال التي تعتبر شرعاً من الأنواع الربوية يمتنع فيها بيع مقدار منها بأكثر أو أقل منه اذا كانا من جنس واحد ، لأن الفضل عندئذ يكون ربا محرماً ، فلا تجوز مبادلة القمح بالقمح مثلاً ، ولا الذهب بالذهب ، إلا اذا تساوى البدلان .

فاذا اختلف الجنسان ، كبيع الذهب بالفضة أو القمح بالشعير ، جاز التفاضل ، ولكن تمتنع النسيئة ، أي تأجيل أحد البدلين : فيجب

التقابض في مجلس العقد[1] .

وهذا من قبيل سد الذرائع ، كيلا يتخذ جواز التفاضل عند اختلاف الجنسين ذريعة ووسيلة الى ربا النسيئة ، فيستقرض الشخص ذهباً مثلاً الى أجل ثم يوفي فضة أكثر منه بقدر الربا المراد .

فهذا الحكم كما ترى يقوم على أساس وجوب تساوي الكميات المبادلة في الجنس الواحد ، فما هو مقياس هذا التساوي ،فقد يتساوى المقداران وزناً ويتفاوتان كيلاً ، وبالعكس ؟

ومن المتفق عليه ان التساوي يعتبر شرعاً بالمقياس العرفي في كل صنف ، فما كان وزنياً عرفاً كالزيت والسمن ، يجب تساوي الكميتين فيه بالوزن ، وما كان كيلياً عرفاً يجب التساوي فيه بالكيل .

وإذا تبدل العرف في مقياس شيء فأصبح كيلياً مثلا بعد أن كان وزنياً ، أو أصبح وزنياً بعد أن كان كيلياً تبدل المقياس الربوي فيه تبعاً للعرف .

غير أنه قد ورد النص عن النبي ﷺ في ستة أصناف من الاموال الربوية (ومنها القمح) أنه يجب التساوي في بعضها بالوزن ، وفي

---

(١) -- يلحظ هنا ان هذه الاحكام الربوية اصبحت غير معمول بها في ظل القوانين الزمنية السائدة في بلادنا وكثير من البلاد العربية والاسلامية فيتبايع الناس اليوم بالاموال الربوية كيفما شاؤوا بمقتضى الاحكام القانونية .

بعضها بالكيل[1] :

فذهب جمهور المجتهدين ومنهم أبوحنيفة إلى أنه يعتبر في خصوص هذه الأشياء المقياس الذيورد النص بهأبداً ،ولا عبرة لتبدل العرف فيه . ففي مبادلة القمح مثلا بالقمح يجب التساوي كيلاً لاوزناً ، ولو تعارف الناس بيعهبالوزن كما في زماننا اليوم[2] ، لأن هذا نص خاص بالمقياس الربوي في هذه الأصناف فلا يعتبر العرف على خلافه .

ولكن ذهب أبو يوسف صاحب أبي حنيفة الى ان المقياس المعتبر حتى في تلك الاشياء الستة هو المقياس العرفي ، وأنه يتبدل بتبدل العرف ،كما في سائر الأموال الربوية الأخرى التي لم يرد نص خاص بشأن مقياسها . ويقول : إن النص في مقياس تلك الاصناف الستةمعلل بالعرف ، فانما ورد النص بلزوم التساوي فيها كيلاً او وزناً لأن

---

(١) هي الذهب ، والفضة ، والحنطة ، والشعير ، والملح ، والتمر . ففي مبادلة الذهب بالذهب والفضة بالفضة بيعاً أو قرضاً اوجب النبي عليه السلام تساوي البدلين وزناً ، وفي الاصناف الاربعة الاخرى أوجب التساوي كيلًا (ر : الهداية وشروحها ١٥٧/٦) .

(٢) -- ليس معنى ذلك انه يمتنع شرعاً على هذا الرأي بيع هذه الاصناف بغير المقياس المنصوص اذا قوبلت بغيرجنسها كالنقود مثلاً ، بل للناس ان يتعارفوا في بيعها بخلاف جنسها أي مقياس ارادوا او بلا مقياس : أي جزافاً ؛ ولكن معناهأنه اذابيع شيء منها بجنسه كقمح بقمح ، اواستقرض منها شيء ، فانه يجب عندئذ في الوفاء التساوي بالمقياس الذي ورد به النص .

هذا مقياسها المتعارف في عهد النبي عليه السلام . فلو كان العرف فيها على مقياس آخر لورد النص معتبراً فيها ذلك المقياس الآخر (ر: الهداية وشروحها ٦/١٥٧) .

ورأي أبي يوسف هذا كما ترى أقوى حجة ، وأقوم محجة ، رغم انفراده به .

٥١٥ ـ هذا ، ومن النصوص التشريعية الخاصة التي تعتبر ـ فيما أرى ـ مبنية على العرف والعادة ، فيتبدل حكمها تبعاً لتبدل العادة ، ما قد أسلفنا ذكره من قول النبي عليه السلام بشأن الفتاة البكر البالغة: « اذنها صُماتُها » ، حيث اعتبر سكوتها عن استئذان وليها لها في تزويجها من رجل معين وبمهر معين إذناً منها وتوكيلاً (ر: ف/١١ و ٥٠٠) . فقد اتفقت آراء الفقهاء على أن هذا الحكم في الفتاة البكر مبني على ما هو معروف فيها من الخجل عن إظهار رغبتها في الزواج عند استشارة وليها لها ، فعادتها أن تعبر بالسكوت عن رغبتها واذنها . وهذا الاستحياء لا يزال الى اليوم غالباً عليهن في الأوساط الاسلامية بحسب التربية والتقاليد الاجتماعية .

فاذا فرض أن هذه التربية قد تبدل اتجاهها . وأصبحت الفتيات الابكار لا يتحرجن من اعلان هذه الرغبة او عدمها على السواء ، كعادة الثيبات غير الابكار فان الاذن منهن عندئذ بالتزويج لا يكفي فيه

السكوت، بل يحتاج الى بيان كالإذن من الثيبات، ليعتبر توكيلاً يسري به عليهن عقد التزويج منذ وقوعه من الولي المستأذن؛ وعند عدم الاذن والتوكيل من الفتاة البكر البالغة يعتبر تزويجها عملاً فضولياً يحتاج الى اجازة منها ليصبح نافذاً عليها، وإن سكتت عند استئمار وليها لها.

الفرع الثاني

حاله تعارض العرف مع نص تشريعي عام[1]

٥١٦ ـ اذا عارض العرف نصاً تشريعياً عاماً شاملاً بعمومه الأمر المتعارف، ففي سلطان العرف عندئذ تفصيل بحسب كون العرف مقارناً لورود النص أو حادثاً بعده.

(أولاً)

العرف المقارن لورود النص العام المعارض له

٥١٧ ـ العرف القائم عند ورود النص التشريعي إما أن

(١) ـ سمينا الحالة السابقة في البحث الاول اصطداماً بين العرف والنص لأن النص اذا كان خاصاً فكأنما يصادمه العرف المخالف وجهاً لوجه.

أما هذه الحالة هنا فنسميها تعارضاً بين العرف والنص لأن النص عندما يكون عاماً يكون موضوع العرف المخالف هو بعض مشمولاته، ولم يرد النص بشأنه خصيصاً، فكأنما يعترض العرف المخالف اعتراضاً في بعض اتجاهات عموم النص، كخطين هندسيين يتقاطعان في نقطة.

يكون عرفاً لفظياً او عملياً :

أ) ـ فاذا كان لفظياً فلا خلاف بين الفقهاء في اعتباره ، فينزل النص التشريعي العام على حدود معناه العرفي عند الخلو عن القرائن ولو كانت دلالة اللفظ الذي استعمله الشارع هي في أصل اللغة أوسع من دلالته العرفية ، لأن العرف اللفظي العام هو لغة التخاطب ، فيوجه الألفاظ الى معانيها في حدودها المألوفة ، ما لم توجد قرينة دالة على أن الشارع أراد بلفظه حدوداً أوسع .

وهذا في الواقع فرع من قاعدة وجوب حمل اللفظ على معناه الحقيقي مالم تقم قرينة على ارادة المجاز ، لأن العرف اللفظي يجعل المعنى المتعارف حقيقة عرفية ، وهي مقدمة في الفهم على الحقيقة اللغوية التي تصبح هي ، بالنسبة الى الحقيقة العرفية ، مجازاً يحتاج الى قرينة .

فألفاظ البيع والشراء والاجارة ، والصيام والصلاة والحج ، وعدة النساء في الطلاق والوفاة ، كل ذلك ونحوه من النصوص يحمل على معانيه العرفية عند ورود النصوص بها ، وان اختلفت عن المعاني الوضعية في أصل اللغة .

ب) ـ وأما اذا كان العرف القائم عند ورود النص المخالف له عرفاً عملياً فقد اختلفت الاجتهادات في كونه صالحاً لتخصيص النص العام أو غير صالح .

ولدى من يعتبره صالحاً يوجد تفصيل بين أن يكون العرف عاما أو خاصاً ، نلخصه فيما يلي :

٥١٨ ــ (أ) العرف المقارن العام :

فاذا كان العرف القائم عند ورود النص العام المعارض له عرفاً عاماً فانه في الاجتهاد الحنفي يكون مخصصاً للنص ، فيعتبر عندئذ ذلك النص مقصور الشمول على ماسوى الأمر المتعارف اذ يكون ذلك العرف قرينة قائمة دالة على أن الشارع لم يرد شمول ذلك الأمر المتعارف بعموم نصه المعارض له في الظاهر[1] .

---

(١) - التخصيص في اصطلاح علم اصول الفقه هو : **« قصر اللفظ العام على بعض افراده »** . وذلك بأن يرد عن الشارع نص يتضمن حكماً عاماً ، ويقوم دليل آخر يفيد أن الشارع لم يرد بذلك النص العام ان يتناول حكمه كل مايدخل في عموم لفظه ، ل هناك حالة او حالات مستثناة من حكمه .

وهذا الدليل المخصص يكون اما نصاً آخر مقارناً الاول يستثنى منه بعض مشمولاته ، اوقرينة قائمة تدل على هذا التخصيص ، وتفيد ان الشارع قد عبر باللفظ العام غير مريد شموله لهذه الحالات التي قام الدليل على استثنائها منه .

مثال ذلك قوله تعالى : **« أحل الله البيع وحرم الربا »** :

فجملة **« أحل الله البيع »** حكم عام لان لفظ (البيع) عام ، فيفيد بعمومه حل كل بيع حتى البيوع الربوية ، ولكن الجملة الثانية **« وحرم الربا »** خصصت عموم الاولى ، فأخرجت من الحل البيع الذي يشتمل على ربا ، وأفادت أن الشارع لم يكن يريد شموله بالنص العام الاول المفيد للحل

وكذلك ثبت في قواعد الشريعة المستفادة من نصوص اخرى تحريم الغش في المعاملات ؛ وتلك النصوص قائمة عند ورود هذا النص العام في تحليل البيع ، فيعتبر مخصصاً بها ، فلا يكون البيع الذي يشتمل على غش مشمولاً بالنص العام المحلل للبيع .

والاجتهاد الحنفي يشترط ان يكون دليل التخصيص مقارناً للنص العام المخصوص منه ، بأن يكون نصاً آخر وارداً معه ، اوقرينة قائمة عند وروده ، =

والنظر الفقهي في ذلك أن النص اذا كان عاماً فان العمل بالعرف في موضوعه لايكون تعطيلا للنص، كما في حالة خصوص النص، بل يبقى النص معملاً في مشمولاته الأخرى التي يتناولها عمومه، فليس في تخصيص النص بالعرف عندئذ اهمال للنص، بل هو اعمال للعرف والنص معاً. والعرف العملي يدل على حاجة الناس الى ما تعارفوا عليه، وفي نزع الناس عما تعارفوه عسر وحرج كما سلف بيانه (ر: ف/٤٧٩)، فالعمل بهما معاً أولى وأوفى بالحاجة. (ر: «نشر العرف» لابن عابدين الفصل الأول والباب الأول).

ومن الأمثلة التي يذكرها الفقهاء على ذلك عقد الاستصناع (ر: ف/٨/ الحاشية).

فقد ثبت عن النبي ﷺ أنه «نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص في السلم»[1].

فهذا النص عام في منع كل أنواع البيع التي لايكون المبيع فيها

=لكي يكون دالا على ان الشارع لم يكن يريد بالنص العام إجراءه على عمومه.

فاذا جاء دليل التخصيص متأخراً بعد زمن لم يكن هذا تخصيصاً، بل نسخاً لجانب من حكم النص العام بعد جريانه مدة على عمومه.

(١ - السلم والسلف: (بفتحتين فيهما)، هو: بيع شيء غير معين مؤجل التسليم بثمن معجل (المجلة/١٢٣)، كبيع كمية من القمح او الزيت او الورق المبين الوصف الى شهرين مثلا. وغاية لزوم تعجيل الثمن فيه ان يستعان به على انتاج المبيع اوجلبه (ر: الجزء الخامس من هذه السلسلة الفقهية في عقد البيع ف/ ١٣٧، ١٣٩).

موجوداً في ملك البائع ، سوى السلم الذي استثناه لما فيه من مصلحة باستسلاف الثمن للاستعانة على الانتاج .

فعقد الاستصناع يشمله بالمنع عموم النص المانع ، وان لم يكن وارداً فيه خصيصاً .

ولكن الاستصناع عقد قد تعارفه جميع الناس في كل البلاد لاحتياجهم الى طريقته ، ولا سيا في الأحذية ونحوما مما فيه مقاييس وأوصاف يختلف فيها الشخص عن غيره .

فلذلك أقر الاجتهاد جواز عقد الاستصناع للعرف الجاري فيه ، واعتبر هذا العرف مخصصاً لعموم النص العام المانع ، فكأنما ورد النص باستثناء الاستصناع ضمناً كما استثني السلم صراحة ، وبقي العمل بالنص في غير ذلك من أنواع بيع المعدوم .

وقد نقل انعقاد الاجماع على صحة الاستصناع[1] .

٥١٩ـ (ب) ـ العرف المقارن الخاص :

وأما اذا كان العرف القائم المعارض للنص العام عرفا خاصا بمكان دون آخر أو بفئة من الناس دون سواهم ، كعرف التجار أو الصناع في بعض البلدان أو بعض الأصناف فالراجح من الآراء في الاجتهاد

(١) ـ يلحظ هنا ان بيع المعدوم بوجه عام قد اصبح معتبراً صحيحاً بشرط ان لايكون وجوده مستحيلا وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة/٦٤/ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني السابق ، ثم بمقتضى القانون المدني السوري .

الحنفي أنه ليس له عند معارضة النص ما للعرف العام من قوة وسلطان، فلا يصلح العرف الخاص مخصصاً للنص العام المعارض ولو كان قائماً عند ورود النص، لأنه إذا كان عرف بعض البلاد أو الناس يقتضي تخصيص النص ، فان عدم هذا العرف لدى بقية الأماكن أو الناس لا يقتضيه فلا يثبت التخصيص بالشك[1] .

وقد رأينا آنفاً أن تخصيص النص التشريعي العام هو بيان لمراد الشارع منه لا تعديل طارىء عليه (ر : ف/٥١٨/ الحاشية) ،والعرف الخاص قد يكون بين فئة ضئيلة من الناس أو في مكان صغير ، فلا يصلح دليلا على أن الشارع لم يرد من نصه العام عموم معناه .

٥٢٠ – هذا تحرير مافي الاجتهاد الحنفي في هذا المقام .

وفي المذهب المالكي اختلاف بين فقهائه حول اعتبار العرف العملي مخصصاً لعموم النص. ولكن المحققين من فقهاء المذهب على أن العرف العملي القائم يخصص النص العام كما يقيد النص المطلق خلافاً لما قاله القرافي في فروقه (١/١٧٣ الفرق/٢٨) من أن العرف العملي لا يصلح لتخصيص اللفظ أو تقييده .

وهم كذلك لا يصرحون بالتمييز بين أن يكون العرف عاماً أو خاصاً .

---

(١) ر : « الاشباه والنظائر » لابن نجيم آخر القاعدة السادسة : ١ /١٣٤/ ورسالة « نشر العرف » لابن عابدين، الباب الاول ٢/١١٦/ من مجموعة رسائله.

(ر : حاشية شمس الدين الدسوقي على الشرح الكبير ٢/١٤٣[1]) .

ونجد من فروع هذا المبدأ عند الامام مالك أنه يقول إذا كانت المرأة شريفة القدر لايلزمها ارضاع ولدها ان كان يقبل ثدي غيرها للمصلحة العرفية في ذلك حيث جرى العرف لدى أمثالهن على أن تستأجر لأولادهن المراضع . قال ابن العربي : إن هذا تخصيص لعموم قوله تعالى :

« والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين »[2] .

(ر : أحكام القرآن لابن العربي تحت الآية /٢٣٣/ من سورة البقرة) .

(ثانياً)

العرف الحادث بعد النص العام المعارض له

٥٢١ ــ وأما إذا كان العرف المعارض للنص العام حادثا بعد

---

(١) أفاض في تحقيق مذهب الحنفية والمالكية وغيرهما في مسألة تخصيص النص التشريعي العام بالعرف العملي الاستاذ الفاضل محمد فهمي أبو سنة في المقالين الخامس والسابع من رسالته « العرف والعادة » ص / ٩١ – ٩٤ و ١٢٤ .

(٢) – يعد بعض المالكية هذه المسألة من فروع **تخصيص النص بالمصلحة** ولكن المصلحة التي يقصدونها هنا إنما هي مراعاة العرف الجاري في صون النساء ذوات الشرف والنبل عن الارضاع وتربية أولادهن بطريق الاسترضاع وهو من الاعراف التي لاتنافي قواعد الشريعة ونصوصها، فتكون رعايته من المصالح، ويخصص به النص الشرعي . وقد كانت عادة عرب النبلاء في الجاهلية أن يسترضعوا لأولادهم مرضعات في البادية ابتغاء صحة الاجسام وتقويم اللسان .

ذلك النص ، فإن هذا العرف لا يعتبر ولا يصلح مخصصاً للنص التشريعي باتفاق الفقهاء ولو كان عرفاً عاماً ؛ لأن العرف الحادث هو طارىء بعد أن حدد مفهوم النص التشريعي ومراد الشارع منه وأصبح نافذاً منذ صدوره عن الشارع . فاذا ساغ تخصيصه بعد ذلك بعرف طارىء مخالف له، كان ذلك نسخاً للنص التشريعي بالعرف ، وهذا غير جائز، إذ لو جاز لأدى إلى تبديل معظم أحكام الشريعة بأعراف طارئة تلغيها وتحل محلها ، فلا يبقى للشرع معنى .

ولا فرق بين العرف العملي والعرف اللفظي في عدم صلوح الطارىء منها لتخصيص النص السابق عليه ، بل العرف اللفظي الحادث هو أبعد عن الصلوح لهذا التخصيص .

فبعد ورود نصوص القرآن والسنة إذا تبدل عرف الناس في معاني بعض الألفاظ الواردة في نصوصها فلا عبرة لهذا التبدل ، بل العبرة لتلك المعاني والحدود التي كانت هي المفهومة منها عند الورود ، لأن العرف اللفظي القائم عند ورود النص التشريعي هو الذي يحدد مراد الشارع من كلامه[1] .

فالمعاني الاصطلاحية التي تعارفها الفقهاء في تقسيماتهم لضبط المسائل

---

(١) — ر: « **الاشباه والنظائر** » لابن نجيم ، الفن الاول، القاعدة السادسة ١٣٣/١ / و « **تنقيح الفصول** » للقرافي ص / ١٩٤ / و « **الفروق** » له أيضاً في المسألة / ٦ / من الفرق الثالث ٦/١ وكتاب « **مالك** » للاستاذ محمد أبي زهرة ف / ٩٣ ص / ٢٥٠ .

وترتيب الأحكام ، كالفرض ، والواجب ، والمسنون ، والمندوب ، والمكروه تنزيهاً أو تحريماً ، وغير ذلك من الاصطلاحات العلمية المستحدثة ، لا يصح تفسير نصوص القرآن والسنة بها على أنها هي المراد بالأوامر والنواهي . بل إن صيغة الأمر في تلك النصوص تارة تفيد الطلب المحتم للفعل ، وتارة أفضليته وإباحته ، والنهي يفيد عكس ذلك ، ولنسمه بعد ذلك بما شئنا من الاصطلاحات ، فإنها لا تبدل شيئاً من تلك المدلولات الأصلية التي كانت في لغة الشارع هي المفهومة ، ولا توجد فيها الاصطلاحات الحديثة حدوداً جديدة .

وكذلك لفظ « اليمين » الوارد في الكتاب والسنة ، فإن مفهومه اليمين بالله تعالى لأنها هي المعروفة في لسان الشرع ، وعليها يحمل قوله تعالى :

« لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان »[1] .

---

(١) اليمين : هي الحلف على فعل أو ترك في المستقبل لتوثيق العزيمة بها نحو : **والله لأفعلن كذا ، أو لا أفعل كذا** . وهي مؤنثة اللفظ .

وأما القسم (بفتحتين) : فهو الحلف على تو كيد خبر عن أمر كان أو سيكون ، نحو : **والله ما فعلت كذا ، أو سيكون كذا** .

وقد يستعمل كل من اليمين والقسم في معنى الآخر تجوزاً وتساهلاً .

ويمين **اللغو** : اختلفت الآراء الفقهية في تفسيرها . وأحسن تفسير في نظرنا أنها صورة الحلف الذي يجري على لسان بعض الناس كلهجة معتادة لا يقصد بها انعقاد يمين ، كقولهم في الجواب : بلى والله ، أو نعم والله .وهذا ما أخذ =

فلا يصح حمله على اليمين المستحدثة بالطلاق والعتاق، لأنها لم تكن معروفة في الجاهلية، فلا يكون اللغو فيها معفى[1]. (ر : رسالة « العرف والعادة » للأستاذ فهمي أبي سنة ص/ ٩٥ نقلاً عن « الموافقات » للشاطبي).

٥٢٢ ــ وعلى هذا الأساس يجب أيضاً تطبيق نصوص الفقهاء، وتفسير صكوك الوقفيات والوصايا والبيوع والهبات والزواج وسائر الصكوك العقدية وما يرد فيها من شروط واصطلاحات، فانها جميعاً يجب أن تفسر بحسب عرف العاقدين المنشئين لها في زمانهم قياساً على نصوص الشارع ؛ ولا يسوغ تنزيلها في الفهم على عرف حادث يخرج به كلامهم عن مرادهم .

فلفظ «الأستاذ» مثلاً كان معناه العرفي «رب الصناعة» الذي يستخدم أجيراً فيها لتعليمه إياها (ر : كتاب « المعرب » للجواليقي ، كلمة « أستاذ ») .

وبناء على هذا العرف نص الفقهاء على أنه : اذا دفع الشخص ولده الصغير الى أستاذ ثم اختلفا في استحقاق الأجرة فطلب الأستاذ

= به جماعة منهم الامام الشافعي .

وقال الحنفية : هي الحلف على خبر كذب يظنه الحالف صدقاً . فاذا كان عالماً بكذبه فهي اليمين المحرمة التي تسمى « الغموس » (بفتح الغين) لأنها تغمس صاحبها في الاثم .

(١) - بل الطلاق والعتاق مما يعتبر فيه الهزل كالجد كما تقدم (ر: ف/ ١٨٢).

من الوالد أجراً عن الولد ، وطلب الوالد من الأستاذ أجراً عنه ، فمن يستحق الأجر منهما على الآخر ؟

قالوا : يلجأ الى تحكيم العرف ، فإذا كان عرف البلدة أن يأخذ الأستاذ أجراً أو أن يدفع اتبع العرف .

(ر : المجلة/٥٦٩ و « القواعد الفقهية » للحمزاوي في مسائل الإجارة ص/٧٦) .

وفي عصرنا هذا أصبح اسم « الاستاذ » معناه المدرس للعلوم ، فلا يصح تنزيل ذلك النص الفقهي على هذا المعنى الحادث ، إذ لا يتأتى هذا التفصيل فيه ، لأن رب الصنعة يعلم الولد إياها عن طريق استخدامه فيها فينتفع فيها من عمل الولد ، ولذا يختلف عرف القوم في أخذ الأجرة وإعطائها بحسب حاجة الصناعة الى الأجير ، ورغبة الناس في تعلمها ، واشتمالها على أسرار لا يفهمها الصانع إلا بالتفهيم والتدريب الخاص ، وهذا لا يتأتى في الأستاذ المدرس للعلوم ، فإن التدريس ليس خدمة أبداً من المعلم للمتعلم .

قال ابن نجيم في الأشباه والنظائر تحت القاعدة السادسة : ١/١٣٣ ما نصه :

« العرف الذي تحمل عليه الالفاظ انما هو المقارن السابق دون المتأخر ، ولذا قالوا : لا عبرة بالعرف الطارىء » .

وقد عرفت أن عدم اعتبار العرف الطارىء في تخصيص معاني النصوص وتقييدها لا ينحصر في العرف اللفظي ، فالعرف العملي

الطارىء ليس له أيضاً هذا السلطان تجاه النص ، ولو كان عرفاً عاماً ، إلا أن يكون النص معللاً بالعرف أو معللاً بعلة يزيلها العرف كما سنرى قريباً (ف/٥٢٤ ـ ٥٢٩) .

٥٢٣ ــ هذا هو المبدأ الفقهي المقرر عند تعارض العرف والنص التشريعي العام ، يتلخص بأنه :

أ) ــ اذا كان العرف قائماً عند ورود النص كان للعرف العام في الاجتهاد الحنفي سلطان يخصص النص ، ويفيد قصر حكمه على غير الأمر المتعارف ، وليس للعرف الخاص مثل هذا السلطان إلا على رأي ضعيف مرجوح .

ب) ــ واذا كان العرف حادثاً فانه لا يصلح مخصصاً للنص العام السابق ، بل العبرة لعموم النص دون العرف ولو كان العرف عاماً .

٥٢٤ ــ *العرف الذي تزول به علة النص المعارض يعتبر ولو كان حادثاً :*

على أن تتبع الفروع الفقهية والنظر في تعليلاتها التي يعلل بها الفقهاء يدل دلالة واضحة على أن العرف الحادث ، ولو خالف ظاهر النص التشريعي ، يعتبر ويحترم في حالتين :

١) اذا كان النص التشريعي نفسه معللاً بالعرف : أي مبنياً على عرف عملي قائم عند وروده ، فعندئذ اذا تبدل ذلك العرف يتبدل تبعاً له حكم النص ، ولو كان النص خاصاً بالموضوع . وهـذا الرأي

انفرد به أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة ، وهو الرأي الأقوى مدركاً وحجة وان كان الجمهور على خلافه .

وهذه الحالة قد تقدم بيانها وأمثلتها في البحث عن اصطدام العرف بالنص الخاص فليرجع إليه (ف/٥١٤ ـ ٥١٥) .

٢) واذا كان النص التشريعي معللاً بعلة ينفيها العرف الحادث ، سواء أكانت علة النص مصرحاً بها فيه أو مستنبطة استنباطاً بطريق الاجتهاد .

ففي مثل هذه الحال يعتبر العرف الحادث ويحترم وان خالف النص لأن هذه المخالفة تصبح ظاهرية غير حقيقية ما دامت علة النص تنتفي بوجود العرف ، إذ من المقرر في قواعد الأصول ان الحكم الشرعي يدور مع علته ، فيثبت عند ثبوتها ، وينتفي بانتفائها .

٥٢٥ ــ الشواهد الفقهية على هذا المبدأ

وهناك شواهد فقهية عديدة على هذا المبدأ في اعتبار العرف الحادث نورد بعضها فيما يلي :

٥٢٦ ــ الشاهد الأول

يذكر فقهاء الحنفية في بحث الشرط المفسد في عقود المعاوضات ، كالبيع ، أن الشرط المفسد لعقد المعاوضة هو كل شرط تشترط فيه منفعة خارجة عن الحكم الاصلي للعقد وعما يلائمه ، كشرط المشتري على البائع طحن الحنطة المشتراة ، أو حمل البضاعة على حسابه ، أو اصلاح

الآلة المبيعة إذا تعطلت عند المشتري ، أو اشتراط البائع أن يستعمل المبيع مدة بعد البيع فكل ذلك في أصل نظريتهم شروط مفسدة .

وقد أخذ الحنفية في ذلك بظاهر ما روي عن النبي عليه السلام أنه قد « نهى عن بيع وشرط » كما تقدم بيانه في بحث سلطان الارادة العقدية من نظرية العقود (ف/٢١٥ و ٢١٩ و ٢٢٠/ والهداية وشرحها ٦: ٧٦ ـ ٧٨) .

وقد استثنوا من هذا النص نوعين من الشروط التعاقدية حكموا بصحتها وإلزامها اذا اشترطا في العقد ، وهما :

١) ــ الشرط الذي ورد بجوازه نص شرعي ، كشرط الخيار (ر : ف/ ١١ ـ المثال ٨) .

٢) ــ الشرط الذي تعارف الناس اشتراطه .

فالشروط التي تعتبر عند الحنفية مفسدة بحسب تفسيرهم لهذا النص الوارد في السنة اذا تعورف شيء منها يصبح بالعرف صحيحاً ملزماً واجب الاحترام شرعاً ، ولو كان العرف فيه حادثاً .

ومن فروع هذا النظر تصحيحهم بيع الوفاء لجريان العرف به ، رغم أنه في الأصل يقوم على أساس اشتراط مفسد عندهم ، وقد أفتوا أولاً بفساده قبل أن يفشو فيه العرف (ر : ف/ ٨٠ و ٢٧٤) .

٥٢٧ ــ ومستند الفقهاء في ذلك هو النظر الى علة الحديث النبوي الذي نص على منع الشرط في البيع ، فقد اعتبروا أن الغرض

التشريعي منه هو منع سبب المنازعة ، لأن هذه الشروط الزائدة على أصل عقد البيع يفضي تنفيذها وكيفيته الى النزاع غالباً ، فرأوا أن العرف اذا جرى على بعضها ينفي النزاع إذ يجعل الأمر معلوماً مألوفاً فلا يكون العرف قاضياً على النص بل موافقاً لغرضه وروحه ولو كان عرفاً حادثاً"[1] (ر : العناية شرح الهداية باب البيع الفاسد ٦/٧٦-٧٧).

ولم يوجبوا لتصحيح الشرط المتعارف أن يكون العرف فيه عاماً بل يكفي العرف الخاص ، فان الشروط الممكنة متنوعة أنواعاً لا تحصى وهي في كل مكان وزمان بحسب حاجات أهله . فقد يتعارف في بلد

---

* (١) — يتضح من ذلك ان اعتبار العرف الحادث المخالف في الظاهر لعموم النص التشريعي العام ليس من قبيل تخصيص النص العـام بعرف حادث ، لأن من شرائط تخصيص النص التشريعي العام ان يكون دليل تخصيصه مقارناً له في الوجود كما تقدم ، إذ التخصيص تفسير لمراد الشارع من نصه منذ صدوره عنه . فلا يمكن أن يعتبر النص العام النافذ على عمومه مخصصاً منـــذ صدوره بعرف سيحدث فيما بعد ، وربما لا يحدث .

ولكن اعتبار العرف الحادث الذي يزيل علة النص هو نتيجة لاعتبار النص مخصصاً بمقتضى علته ، فهو تخصيص بالعلة لا بالعرف الحادث. فالنص المانع للشرط في البيـع ، بعد أن حدد الاجتهاد علة المنع فيـه ، يعتبر منذ صدوره مخصوصاً ومقصوراً على الحالات التي تتحقق فيها علته ، دون سواها من الحالات التي تنتفي فيهـا تلك العلة . ومن هـذه الحالات التي تنتفي فيها علة هـذا النص صيرورة الشرط متعارفاً .

فالتخصيص هنا في الحقيقة انما هو تخصيص بعلة النص ؛ وما اعتبار العرف الحادث اذا كان نافياً لتلك العلة الا تطبيق لذلك التخصيص السابق الاعتبار .

من الشروط العقدية مالايتعارف في غيره ، فيصح من كل قوم أن يشترطوا في بيوعهم وسائر معاوضاتهم مايتعارفونه من الشروط ما لم يوجد نص خاص يمنع شرطاً مخصوصاً بعينه ، فحينئذ لايعتبر عرف على خلافه ، كما يعلم مما تقدم في بحث تصادم العرف مع النص الخاص.

(ر : « العناية » أيضاً و « فتح القدير » ، في المحل المذكور / ورد المحتار ٤/ ١٢١—١٢٣) .

٥٢٨- الشاهد الثاني

ويصرح أيضاً فقهاء الحنفية في بابي الربا والقرض من كتاب البيوع بأنه يجوز اقتراض الخبز عددا بين الجيران ، لأن ذلك أصبح متعارفا بينهم للحاجة اليه . وهذا رأي الامام محمد صاحب أبي حنيفة ، وهو الراجح المفتى به في المذهب . فيجوز ذلك ولو اختلف رغيف القرض عن رغيف الوفاء وزنا ، مع أن الخبز مال ربوي من صنف الموزونات . والنصوص العامة في الشريعة توجب التساوي في مبادلة الأموال الربوية بجنسها وزناً في الموزنات وكيلاً في المكيلات وتعتبر الفضل الزائد في أحدها عن الآخر ربا محرما ، وعقده باطلا أو فاسداً ، بل إن شبهة الربا كتحققه في الحرمة والمنع باتفاق الفقهاء (ر : الهداية وشرحها ٦/ ١٥٤) .

وهذا التجويز لاقتراض الخبز عدداً بين الجيران دون نظر الى تفاوت الوزن قد استند فيه الامام محمد الى العرف الشائع محتجاً بأنه

قد تعارف الجيران اهدار فروق الوزن واعتبار العدد فقط (ر : رد المحتار ٤/١٨٧) .

وبذلك أصبح هذا التعامل غير صالح لأن يتخذ طريقا للمراباة الممنوعة شرعا ، فكانت علة النصوص العامة في تحريم الربا (وهي الاستزباح) غير متحققة بهذا الطريق ، والحكم يدور مع علته ولا يوجد نص خاص يمنع اقتراض الخبز عدداً بين الجيران على سبيل التخصيص والتعيين ليكون هذا العرف مصادماً للنص الصريح فأصبح المقياس المنظور اليه هو علة النصوص العامة في منع المراباة ، وهذه العلة لاتتحقق في هذا العرف بين الجيران حيث لايعتبرون فرق الوزن بين الارغفة .

٥٢٩ — الشاهد الثالث

في قضية تفاوت وزن الدنانير قرر العلامة المحقق ابن عابدين فى رسالته « نشر العرف » انه اذا تعددت اصناف النوع الواحد من النقود ، وكان أحدهما أثقل والآخر أخف ، كالدينار المحمودي الجهادي والدينار العدلي ، وكأصناف الريال الفرنجي في عصره ، فان هذا الفرق في الوزن — وان كان ظاهرا في جميع الموازين — يجوز معه دفع الاثقل بدلا من الأخف ، أو العكس ، في المداينات والقروض والعقود ، ولا يكون ذلك ربا محرما ما دامت القيمة واحدة[1] وقدعلل

(١) — تقدمت الاشارة الى هذه المسألة في بحث الاستحسان (ف ٣/١٨ في الحاشية) .

ذلك بأن الناس لا ينظرون الى هذا التفاوت في الوزن مالم تختلف به القيمة ، وقد ركز هذا العرف في عقولهم من عالم وجاهل فيتعين الافتاء به تخريجاً على رأي أبي يوسف في النص المعلل بالعرف[1] .

ومعنى هذا ان العرف بين الناس على اهدار فرق الوزن مع اتحاد القيمة قد نفى علة النص الذي يعتبر الزيادة ربحا محرما ، فصار كالنص المعلل بالعرف في رأي أبي يوسف يتبدل حكمه تبعا لتبدل العرف .

(ر: «رسالة نشر العرف» في مجموعة رسائل ابن عابدين ٢/١١٩).

٥٣٠ ــ هذه طائفة من الشواهد الفقهية المقررة تنطق هي وتعليلاتها المنقولة عن الفقهاء بأن العرف اذا كانت تزول وتنتفي به علة النص المعارض يحترم شرعاً ولو كان عرفا حادثا .

أما اذا كانت علة النص المعارض لاينفيها العرف الحادث ، فلاعبرة لهذا العرف تجاه عموم النص ، لأن اعتبار العرف الحادث عندئذ يكون نسخاً للنص ، والعرف ليس له هذا السلطان .(ر :الموافقات ٢/٢٨٣ ــ ٢٨٤ / وفتح القدير ٦/١٥٧ طبعة الميمينة) .

فاذا اعتاد الناس بعض العادات المنكرة شرعاً بمقتضى النصوص الشرعية العامة وتعارفوها في بعض المواسم أو المآتم ، كاعتياد الحداد على الموتى بصورة تتجاوز الحدود المشروعة فيه مدة أو مظهراً كرقص

---

(١) فان أبا يوسف يقول عندئذ بأن حكم النص يدور مع العرف ويتبدل بتبدله كما تقدم (ر : ف / ٥١٤ و ٥١٥ و ٥٢٤) .

الرجال مع النساء في الأفراح والاحتفالات مما يعد في الشرع فسقاً منكراً ، وكاعتياد كشف نواح من حدود عورة البـــدن في بعض الأعمال أو الألعاب ، أو تعارف الربا في بعض الأحوال أو ببعض المقادير ، فانه لايكون في اعتيادهم لذلك وأمثاله مسوغ ولا حجة ، بل يجب منعه وقمعه ، لأن المحرمات والمنكرات جميعاً انما منعتهـــا الشريعة لما فيها من مفاسد ومساوىء تفسد الاسرة والمجتمع ، وتخرج بالحياة الاجتماعية عن سنن الصلاح والكمال الذي تهـدف الشريعة الى التوجيه اليه . فاعتيادالناس شيئاً منهذه المنكرات والمفاسدالمقبوحة شرعاً لايزيل علة تحريمها ، لأن تحريمها لم يكن مستنداً الى عـــدم اعتيادها ، بل الى خبث نتائجها ، وهذا يعم ويزداد باعتيـــادها ولا يقل [1] .

★ (١) بحث العلامة المحقق ابن عابدين رحمه الله في حكم تعارض العرف والنص في رسالته « نشر العرف » واستخلص من أقوال الفقهاء ضابطاً خلاصته انه :

« اذا خالف العرف النص من كل وجـه بأن كان النص خاصاً في الموضوع بحيث يلزم من العمل بالعرف ترك النص فلا شك في رد العرف ، كتعارف الناس كثيراً من المحرمات الممنوعة بنصوص خاصة بها . وأما اذا لم يخالفه من وجه ، كما لو كان النص عـاماً والعرف يخالفه في بعض تطبيقاته ؛ فان العرف حينئذ معتبر اذا كان عرفاً عاماً . لأن العرف العام يصلح مخصصاً للنص » .

ولم يميز في هذا الضابط بين العرف القائم عند ورود النص ، والحادث بعده واستند ابن عابدين في ذلك الى نص نقله عن « التحرير » للكمال بن الهمام .

ولكن الاستاذ الجليل محمد فهمي ابو سنة في رسالته « **العرف والعادة** في =

= «رأي الفقهاء» التي ظهرت خلال الطبعة الثالثة من كتابنا هذا قد رد ما حققه ابن عابدين في هــــذه القضية رداً وجيهاً، وبين أن كلام صاحب التحرير هو في **العرف القديم** القائم عند ورود النص التشريعي، أما **العرف الطارىء** فلا يصلح لتخصيص النص العام، ولو كان عرفاً عاماً.

وهذا صواب. غير ان الاستاذ أبا سنة قد اختار أساساً آخر خلاصته:

«ان العرف الطارىء اذا كان له مستند شرعي من نص خاص أو اجماع أو ضرورة ملجئة يعتبر ولو خالف النص الخاص؛ والا فلا».

وقد أفاض في شرح هذه الناحية (ر: رسالة «العرف والعـــادة في رأي الفقهاء» ص / ٩٤ – ١٠٠).

والذي أراه: ان ما ذهب اليـه الاستاذ أبو سنة – على صحته في ذاته – يخرج بالمسألة عن موضوعها، لأن العرف المخالف لبعض النصوص اذا دعمه نص آخر أو اجماع ضرورة معتبرة بمقتضى النصوص الشرعية العامة النـــافية للحرج لم تبق المسألة من قبل التعارض والتخصيص بين العرف والنص، بل بين نص ونص آخر او اجمـاع (كما أشار اليه هو نفسه)، وهذا خلاف موضوع المسألة، كما أن هذا الأساس عسير الضبط والتحقيق عند حدوث المسائل.

ولذا أرى أن الأصل الصحيح في هـــذه القضية هو ما حققناه هنا من ان العرف الطارىء اذا كان مزيلا لعلة النص العام المخالف له في الظاهر فحينئذ يعتبر، وإلا فلا؛ وان اعتباره عندئذ ليس من قبيل تخصيص النص بعرف طارىء عليه، بل من قبيل التخصيص بالعلة؛ لأن النص العام يعتبر عندئذ مخصصاً بدليل مقارن هو علته المصرحة أو المستنبطة، واعتبار العرف الحادث الذي ينفي تلك العلة هو تطبيق للنص بعد ذلك التخصيص.

وقد رأينا شواهد هذا الأصل وأدلته من نصوص فقهائنا في مسائل: منها مسألة تصحيح الشرط العقدي المفسد اذا جرى به عرف، وتعليله الفقهي بما يشهد لهذا الضابط الذي حققناه.

=

الفرع الثالث

حالة تعارض العرف والاجتهاد

٥٣١ — او — في الاجتهاد المستند الى قياس نظري او استحسان او استصلاح .

الأحكام الاجتهادية التي يثبتها الفقهاء المجتهدون استنباطاً وتخريجاً عند عدم النص الشرعي عليها : إما أن تكون ثابته بطريق القياس النظري على حكم أوجبه الشارع بالنص ، لاتحاد العلة بين الحكم المقيس عليه والمقيس ،وإما أن تكون ثابتة بطريق الاستحسان أو الاستصلاح عندما لا يوجد حكم مشابه منصوص يقاس عليه .

والاجتهادات الاسلامية تكاد تكون متفقة على أن الحكم القياسي يترك للعرف ولو كان عرفا حادثا ، لأن المفروض عندئذ أن هذا العرف لا يعارضه نص خاص ولا عام معارضة مباشرة . والعرف غالباً دليل الحاجة ، فهو أقوى من القياس ،فيترجح عليه عند التعارض (ر : نشر العرف لابن عابدين في مجموعة رسائله ١١٦/٢) .

بل لقد ذكر العلامة المحقق ابن الهمام في شرح الهداية « ان العرف بمنزلة الاجماع شرعا عند عدم النص » (ر : فتح القدير ١٥٧/٦) .

= وهذه القضية في الواقع تعتبر من أدق المواطن الفقهية الاصولية، واكثرها اشتباها على المحققين .

ومن المعلوم أن ترجيح العرف على القياس يعتبر عند الحنفية والمالكية من قبيل الاستحسان الذي تترك فيه الدلائل القياسية لأدلة أخرى منها العرف .

واذا كان العرف يترجح على القياس الذي يستند الى نص تشريعي غير مباشر فهذا يدل على أنه يترجح أيضاً على الاستصلاح الذي لا يستند الى نص، بل الى مجرد المصلحة الزمنية التي هي عرضة للتبدل بحسب اختلاف الأزمنة وما يجد فيها من أوضاع ومقتضيات .

٥٣٢ — ومن فروع هذا المبدأ في الاجتهاد الحنفي التطبيقات التالية :

١) ـــ أن بيع النحل ودود القز غير جائز عند أبي حنيفة لأنه لم يعتبرهما من الأموال، قياساً على سائر هوام الأرض كالوزغ والضفادع.

ولكن الامام محمداً من أصحابه حكم بماليتهما وصحة بيعهما لجريان التعامل بهما في عرف الناس بيعاً وشراء .

٢) ــ أن الأصل القياسي يقضي بأن على الحاكم أن يستمع الى كل دعوى ترفع إليه ، ثم يقضي للمدعي او عليه بحسب ما يثبت لديه .

ولكن الفقهاء تركوا هذا القياس فيما اذا ادعت الزوجة المدخول بها أن زوجها لم يدفع إليها شيئاً من معجل مهرها ، وطلبت القضاء عليه بجميع المهر المعجل ، فقالوا :لا تسمع دعواها هذه ، بل يردها القاضي دون أن يسأل عنها الزوج ؛ وعللوا ذلك بالعرف ، لأن عادة الناس

مطردة لا تكاد تختلف في أن المرأة لا تزف الى زوجها ما لم يدفع بعض المهر المعجل أو كله. فتكون دعواها هذه مما يكذبه ظاهر الحال بعد الدخول، فلا تسمع (ر: رد المحتار باب المهر ٣/٣٦٣) وتنقيح الفتاوى الحامدية أول المهر ١/٢٠)[1].

٣) أن القواعد القياسية تقضي بأنه لا يجوز دفع الدين لغير صاحبه، ولا ينفذ قبضه على الدائن ما لم يكن للقابض نيابة عن الدائن من ولاية أو وكالة.

ولكن الفقهاء تركوا القياس في البنت البكر البالغة اذا قبض أبوها، أو جدها عند عدم الأب، مهرها من زوجها حين زواجها، واعتبروا هذا القبض نافذاً عليها، ومبرئاً لذمة الزوج، للعرف والعادة، ما لم يصدر منها نهي عن دفع المهر الى سواها.

---

(١) - يلحظ هنا أن هذا العرف في زماننا لم يبق اليوم مطرداً في بلادنا الشامية وان كان لايزال غالباً، فكثير من النساء يزففن دون قبض شيء من المهر تيسيرا على الزوج. فينبغي سماع هذه الدعوى اليوم.

وقد نقل شهاب الدين القرافي في كتابه «**الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام وتصرفات القاضي والامام**» عن مالك ان الزوجة اذا ادعت بعد الدخول بها عدم قبض صداقها فالقول للزوج، مع أن الأصل القياسي عدم القبض.

ونقل بعده عن القاضي اسماعيل ان هذا مبني على ما كان من عادة اهل المدينة في عصر مالك ان الرجل لايدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، قال:

« واليوم عاداتهم على خلاف ذلك، فيصبح القول قول المرأة مع يمينها في عدم القبض لاختلاف العوائد » ..

(ر: الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام في جواب السؤال/٩ ص/٦٨)

هذا، الى فروع كثيرة ترك الفقهاء فيها حكم القياس للعرف المخالف.

٥٣٣ ـ (ب) ـ في القياس المستند الى علة عرفية :

واذا كان هذا سلطان العرف في الفقه تجاه القياس المستند الى الشبه الذاتي في العلل بين الأحكام المنصوصة والأحكام المقيسة ، فانه يدلنا بطريق الاولوية على تبدل الأحكام القياسية بتبدل العرف عندما تكون علة القياس نفسها مبنية على العرف ، فعندئذ يكون هذا التبدل في الحكم تبعاً لتبدل العرف ليس خروجاً على القياس بل تمشياً معه .

١) ـ ففي المذهب الحنفي كان رأي إمامه أبي حنيفة أن غاصب الثوب اذا صبغه بأسود يعتبر ذلك تعييباً له ، فيخير المالك بين أن يتركه له فيضمنه قيمته كما غصبه غير مصبوغ ، أو أن يأخذ الثوب مع تضمين الغاصب نقصان قيمته بهذا الصبغ ، وفقاً للحكم العام القياسي في تعييب المغصوب عند الغاصب .

فلما تبدل عرف الناس في اللون الأسود وأصبح مرغوباً فيه لما اتخذه العباسيون شعاراً ، قال الصاحبان : بأن صبغ الغاصب الثوب بالأسود يعتبر زيادة فيه لا تعييباً له ، فيطبق عليه حكم زيادة الغاصب في المغصوب ، فيخير المالك بين تركه له وتضمينه قيمته غير مصبوغ ، أو أن يأخذه ويدفع للغاصب قيمة الزيادة ، صيانة لحقيهما . وقد نص فقهاء المذهب على أن هذا الاختلاف عن أبي حنيفة وصاحبيه في هذه المسألة وكثير من أمثالها إنما هو اختلاف عرف وزمان لا اختلاف

نظر وبرهان ، فلو كان أبو حنيفة حياً لقال بما قال صاحباه عند تبدل العرف (ر : كتاب الغصب في « الكفاية » شرح الهداية ٨/ ٢٧١/ وفي رد المحتار ١٢٥/٥) .

٢) ــ وفي المذاهب الأخرى ذكر القرافي المالكي في كتابه « الإحكام » أن الافتاء بالاحكام التي مستندها العوائد بعد تغير تلك العوائد هو خلاف الاجماع ، ووصف ذلك بأنه : « جهالة في الدين » ممن يقولون: « إننامقلدون ليس لنا إلا أن نفتي بما في الكتب من الاحكام المنقولة عن المجتهدين » وقد بين أن تغيير تلك الأحكام وفقاً للعوائد المتجددة ليس إنشاء اجتهاد ينقض اجتهاد المجتهدين ، بل هو تطبيق لقاعدة أجمع عليها المجتهدون في الشريعة وأوجبوا السير في ظلها[1] .

الفصل الرابع

مقارنة العرف بالقرائن العرفية ، واختلاف الزمان

٥٣٤ ــ اعتاد الباحثون في موقع العرف وسلطانه ومدى اعتباره في الفقه الاسلامي أن يدخلوا في بحثه وأمثلته مسائل القرائن العرفية ، ومسائل تغير الزمان التي تتبدل فيها الاحكام بحسب الأحوال

(١) ــ « الاحكام » للقرافي السؤال ٣٩/ص/٦٨ و « نشر العرف » لابن عابدين في مجموعة رسائله ١٢٥/٢/ ، ورسالة « العرف والعادة » للاستاذ أبي سنة ص/١٠٥ .

الخاصة والأخلاق العامة[1] .

ونحن نرى أن هذين الموضوعين ، على مالهما في الفقه الاسلامي من خطر وعظيم أثر في إثبات الاحكام وتبدلها ، لا يصح إدماجهما في مفهوم العرف ، لأنهما يؤلفان موضوعين مستقلين ، ونوعاً من الأدلة الشرعية متميزاً عن العرف بمفهومه الفقهي الخاص ، وإن كان بينهما وبين العرف تقارب وتناسب .

ونحن اجتنبنا التمثيل بشيء من أمثلتها في جميع مباحثنا السابقة عن نظرية العرف لهذه الملاحظة .

وسنشرح فيما يلي كلاً منهما في فرع من البحث على حدة للمقارنة ، كي ينجلي الفرق بينهما وبين العرف .

الفرع الأول

القرائن العرفيـة

٥٣٥ ــ القرائن جمع قرينة ،والمراد بها كل أمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه. وهي مأخوذة من المقارنة بمعنى المرافقة والمصاحبة.

ودلالة القرائن على مدلولاتها تتفاوت في القوة والضعف تفاوتاً كثيراً : فقد تصل في القوة الى درجة الدلالة القطعية ، كالرماد أو

---

(١) ــ ر : **« نشر العرف »** للعلامة ابن عابدين ، ورسالة **« العرف والعادة في رأي الفقهاء »** للاستاذ محمد فهمي أبي سنة ، وما فيها من أمثلة مختلطة .

الدخان ، فإنها قرينة قاطعة على وجود النار . وقد تضعف حتى تنزل دلالتها الى مجرد الاحتمال .

والقرينة قد تكون عقلية وقد تكون عرفية :

فالقرينة العقلية : هي التي تكون النسبة بينها وبين مدلولها ثابتة يستنتجها العقل دائماً ، كوجود المسروقات عند المتهم بالسرقة .

والقرينة العرفية: هي التي تكون هذه النسبة بينها وبين مدلولها قائمة على عرف أو عادة تتبعها دلالتها وجوداً وعدماً، وتتبدل بتبدلهما، كشراء المسلم شاة قبيل عيد الأضحى ، فانها قرينة على قصد الأضحية، وكشراء الصائغ خاتماً فانه قرينة على أنه اشتراه للتجارة . فلولا عادة التضحية عند الأول ، والتجارة بالمصوغات عند الثاني لما كان ذلك قرينة .

٥٣٦ ــ درجات اعتماد الفقهاء على القرائن بنوعيها في القضاء .

والفقه الاسلامي قد اعتبر القرائن ، مهما كان نوعها ، من الأدلة المثبتة التي يعتمد عليها في القضاء بدرجات مختلفة :

أ) ــ فاذا كانت القرينة قطعية كانت وحدها بينة نهائية كافية للقضاء ، كما لو رئي شخص خارجاً من دار وهو مرتبك وفي يده سكين ملوث بالدم ، ووجد في الدار شخص ذبيح يضطرب ، فيعتبر الخارج هو القاتل (ر : المجلة/١٧٤١/ وشرحها) .

ب) ــ أما اذا كانت غير قطعية الدلالة ولكنها أغلبية ، فان الفقهاء يعتمدونها دليلاً أولياً يترجح بها زعم أحد المتخاصمين مع يمينه حتى يثبت خلافها ببينة أقوى .

ومن هذا القبيل القرائن العرفية . فهم يعتبرونها من قبيل ما يسمونه: « الظاهر » أي ظاهر الحال . ودلالة الظواهر غير القطعية هذه هي قوتها الاثباتية أمام القضاء ؛ فهي تعتبر مرجحات أولية لزعم من تشهد له من الخصمين حتى يثبت خلافها .

٥٣٧ ــ أمثلة اعتماد الفقهاء على القرائن العرفية في الحلول القضائية.

وعلى هذا الأساس قرر الفقهاء حلولاً قضائية كثيرة في شتى الحوادث ، فنصوا على أنه :

١) ــ إذا اختلف الزوجان في بعض أمتعة البيت أنها ملك الرجل أو المرأة ، ولا بينة لأحدهما ، يترجح قول الرجل بيمينه فيما يستعمله الرجال عادة كالسيف وثياب الرجال فيحكم له به مبدئياً ؛ ويترجح كذلك قول المرأة فيما يستعمله النساء كثيابهن وأدواتهن ؛ وذلك بقرينة عادة الاستعمال وعرفه ، وإن كان من المحتمل أن يملك كل منهما ما هو في العادة من حوائج الآخر .

وهذا ما لم يكن أحدهما صانعاً أو تاجراً في النوع الصالح للآخر فان كان كذلك فالقول عندئذ له في ملكيته لانعكاس الآية .

أما ما يصلح لكل منهما كالمفروشات والخزائن فيترجح فيه مبدئياً قول الزوج ، لأنه يعتبر هو صاحب اليد عليه ، واليد قرينة أخرى من دلالات الظاهر على الملك (ر : المجلة / ١٧٧١ / وشروحها ، و « معين الحكام » القسم الثاني الباب /٢٨/ في القضاء بالعرف والعادة ص/ ١٦١/ والباب /٥٠/ في القضاء بالقرائن ص/٢٠٤) .

٢) ــ وكذلك قالوا في سفينة مشحونة دقيقاً إذا اختلف ملاح وتاجر دقيق على ملكيتها بما فيها ، ولا بينة لأحدهما : أنه يحكم مبدئياً بالدقيق لتاجره ، وبالسفينة للملاح ، حتى تقوم بينة على إثبات خلافه.

وهكذا اعتبروا سائر القرائن العرفية المشابهة من المرجحات الاولية التي يعتمدها القضاء مع اليمين في ترجيح قول أحد الخصمين .

(ر : المجلة ، باب : القول لمن) .

وهذا أيضاً مذهب المالكية نص عليه صاحب « التبصرة » فيما لو اختلف عطار ودباغ في العطر والجلد ، أو اختلف فقيه وحداد في نحو الجبة والكير الخ .. تفريعاً على أصل القضاء بالعرف والعادة .

أما الشافعية فلم يقبلوا القضاء بهذه القرائن على ظن أنه يخالف الحديث النبوي القائل · « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » .

والواقع أنه ليس بينهما مخالفة كما أوضحه صاحب «تهذيب الفروق»[1].

٥٣٨ ــ يتضح لك من الامثلة السالفة أن القرائن العرفية هي دلائل قضائية يرجح معها العقل احتمالاً على آخر ترجيحاً يستند فيه الى علاقة وصلة يؤيدها الأمر المتعارف المعتاد فمرجعها في النهاية الى

(١) ــ ر : رسالة « العرف والعادة » للاستاذ أبي سنة ص /١١٨-١١٩/ نقلا عن تكملة فتح القدير ، وتكملة رد المحتار ، والبحر آخر باب التحالف ، والزيلعي أول كتاب الدعوى ، والتبصرة في الفقه المالكي ٢/٥٨ وتهذيب الفروق المطبوع في هامش فروق القرافي : الفرق /١٦٠/ ج ٣ ص /١٨٥/ والمهذب للشيرازي في الفقه الشافعي ج ١ ص/ ٣٣٥ .

حكم العقل[1] وليست من صلب نظرية العرف الذي يحكم في تحديد الحقوق والالتزامات، وتقييد التصرفات، وتفسير العقود ،وتخصيص النصوص وتعيين مراد الشارع وكل متكلم ، وله سلطان في توجيه المسؤوليات كوكيل عن الشارع في كل ماسكت عنه نص الشارع والعاقد .

على أن القرائن العرفية نظرا الى أن مستند الدلالة فيها انما هو العادة ، يمكن بهذا الاعتبار أن تلحق ببحث العرف الحاقاً كما فعلنا هنا ، لا أن تحشر مسائلها في صلب مباحثه .

هذا ، وقد أشرنا في مناسبة سابقة من بحث الاستصلاح الى أن القرائن نوعان :

(الأول) ــ *قرائن شرعية أو قانونية* : وهي التي يعتمدهاالشارع أساساً في إيجاب بعض الأحكام :

(والثاني) ــ *قرائن قضائية* : وهي التي يتخذها القاضي دليلاً في تمحيص الوقائع وإثباتها ، ويعود إليه تقدير دلالتها (ر :ف/٢٠ ح) .

فالقرائن الشرعية أو القانونية هي في الأغلب من نوع القرائن العقلية ، لأن الشارع يبني عليها حكماً ثابتاً ، فيجب أن يقام على نسبة ثابتة بين الدلالة ومدلولها كما في حكم التقادم (مرور الزمان) ،

---

(١) – وقد قدمنا نقلا عن علماء الاصول في تعريف العادة انها : « الامر المتكرر من غير علاقة عقلية » . والعادة اخت العرف (ر : ف/٤٨١) .

وطلاق الفرار[1] .

أما القرائن القضائية فقد تكون عقلية أو عرفية ، لأن القضاء يستأنس بجميع الأدلة ولو وقتية .

الفرع الثاني

العرف وتغير الزمان

٥٣٩ ـ من المقرر في فقه الشريعة أن لتغير الأوضاع والأحوال الزمنية تأثيراً كبيراً في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية فان هذه الأحكام تنظيم أوجبه الشرع يهدف الى اقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفاسد . فهي ذات ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية وبالأخلاق العامة . فكم من حكم كان تدبيراً أو علاجاً ناجعاً

---

(١) ـ طلاق الفرار : هو ان يطلق الرجل زوجته طلاقاً بائناً دون رضاها وهو في مرض موته اوفي موقف يغلب فيه الهلاك . فقد اعتبر الاجتهاد الحنفي ان هذه الحالة قرينة شرعية على أن الرجل اراد بهذا الطلاق أن يحرم زوجته من ميراثه عند يأسه من الحياة ، لانه اذا كان يقصد الخلاص من سوء العشرة الذي شرع له الطلاق ، فهذا حاصل دون طلاق لانه في مرض الموت على باب الفراق الابدي . فلذا اوجبوا ميراث زوجته منه بشرائط معينة . وهذا من ابرز صور نظرية منع التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي .

على انه قد تكون القرائن الشرعية او القانونية ايضاً من النوع العرفي الذي تستند فيه دلالة القرينة الى العادات العامة الدائمة كما في مسألة اختلاف الزوجين في امتعة البيت ومسألة السفينة واشباهها .

ليئة في زمن معين ، فأصبح بعد جيل او آجيال لايوصل الى المقصود منه،أو أصبح يفضي الى عكسه، بتغير الاوضاع والوسائل والاخلاق.

وعن هذا أفتى الفقهاء المتأخرون من شتى المذاهب الفقهيـة في كثير من المسائل بعكس ما أفتى به أئمة مذاهبهم وفقهاؤها الأولون ، وصرح هؤلاء المتأخرون بأن سبب اختلاف فتواهم عمن سبقهم هو اختلاف الزمان وفساد الاخلاق ، فليسوا في الحقيقة مخالفين للسابقين من فقهاء مذاهبهم ، بل لو وجد الأئمة الأولون في عصر المتأخرين ، ورأوا اختلاف الزمان والأخلاق لعدلوا الى ماقال المتأخرون .

(ر : « نشر العرف » لابن عابدين في مجموعة رسائله ٢ / ١٢٥)

وعلى هذا الاساس أسست القاعدة الفقهية القائلة « لاينكر تغير الاحكام بتغير الازمان » (م/٣٩) .

٥٤٠ ــ ماهي الاحكام التي يجب تغيرها بتغير الزمان ؟

وقد اتفقت كلمة فقهاء المذاهب على أن الأحكام التي تتبدل بتبدل الزمان وأخلاق الناس هي : الاحكام الاجتهادية من قياسية ومصلحية : أي التي قررها الاجتهاد بناء على القياس أو على دواعي المصلحة ،وهي المقصودة بالقاعدة الآنفة الذكر .

أما الأحكام الأساسية التي جاءت الشريعة لتأسيسها وتوطيدهـا بنصوصها الاصلية الآمرة الناهية ، كحرمة المحرمات المطلقة،وكوجوب التراضي في العقود ، والتزام الانسان بعقده ، وضمـان الضرر الذي

يلحقه بغيره ، وسريان اقراره على نفسه دون غيره ؛ ووجوب منع الاذى وقمع الاجرام ؛ وسد الذرائع الى الفساد ، وحماية الحقوق المكتسبة ، ومسؤولية كل مكلف عن عمله وتقصيره ، وعدم مؤاخذة بريء بذنب غيره ، الى غير ذلك من الاحكام والمبادىء الشرعية الثابتة التي جاءت الشريعة لتأسيسها ومقاومة خلافها ، فهذه لاتتبدل بتبدل الازمان ، بل هي الأصول التي جاءت بها الشريعة لاصلاح الازمان والاجيال ، ولكن وسائل تحقيقها وأساليب تطبيقها قد تتبدل باختلاف الأزمنة المحدثة .

فوسيلة حماية الحقوق مثلا وهو القضاء كانت المحاكم فيه تقوم على اسلوب القاضي الفرد ، وقضاؤه على درجة واحدة قطعية ، فيمكن أن تتبدل الى أسلوب محكمة الجماعة ، وتعدد درجات المحاكم، بحسب المصلحة الزمنية التي أصبحت تقتضي زيادة الاحتياط لفساد الذمم .

فالحقيقة أن الأحكام الشرعية التي تتبدل بتبدل الزمان مهماتغيرت باختلاف الزمن فان المبدأ الشرعي فيها واحد ، وهو احقاق الحق وجلب المصالح ودرء المفاسد ، وليس تبدل الاحكام الا تبدل الوسائل والاساليب الموصلة الى غاية الشارع ، فان تلك الوسائل والاساليب فى الغالب لم تحددها الشريعة الاسلامية ، بل تركتهامطلقة لكي يختار منها في كل زمان ما هو أصلح في التنظيم نتاجا ، وأنجح في التقويم علاجاً .

عوامل تغير الزمان نوعان : فساد وتطور

٥٤١ ـ قد يكون تغير الزمان الموجب لتبديل الأحكام الفقهية الاجتهادية ناشئاً عن فساد الاخلاق وفقدان الورع وضعف الوازع ، مما يسمونه : *فساد الزمان* .

وقد يكون ناشئاً عن حدوث أوضاع تنظيمية ووسائل زمنية جديدة من أوامر قانونية مصلحية ، وترتيبات ادارية ، وأساليب اقتصادية ، ونحو ذلك .

وهذا النوع الثاني هو أيضاً كالاول موجب لتغيير الاحكام الفقهية الاجتهادية المقررة قبله اذا أصبحت لاتتلاءم معه لأنها تصبح عندئذ عبثاً أو ضرراً ، والشريعة منزهة عن ذلك ، وقد قدمنا نقلا عن الموافقات للشاطبي أنه : « لاعبث في الشريعة » (ر : ف / ٤٤٩) . وسنبين فيما يلي أمثلة تغير الاحكام لتغير الازمان بنوعيه .

(اولا) ـ تغيير الاحكام الاجتهادية لفساد الزمان

٥٤٢ ـ فمن المسائل التي غير الفقهاء المتأخرون أحكامها التي قررها اجتهاد الأئمة الأولين وعللوا ذلك بفساد الزمان : أي بفساد الاخلاق العامة ، القضايا التالية :

٥٤٣ ـ (أ) ـ من المقرر في أصل المذهب الحنفي أن المدين تنفذ تصرفاته في أمواله بالهبة والوقف وسائر وجوه التبرع ، ولو كانت ديونه مستغرقة أمواله كلها ، باعتبار أن الديون تتعلق بذمته فتبقى أعيان أمواله حرة ، فينفذ فيها تصرفه . وهذا هو مقتضى القواعد القياسية

ثم لما فسدت ذمم الناس ، وكثر الطمع وقل الورع ، وأصبح المدينون يعمدون الى تهريب أموالهم من وجه الدائنين عن طريق وقفها أو هبتها لمن يثقون به من قريب أو صديق ، أفتى المتأخرون من فقهاء المذهبين الحنبلي والحنفي بعدم نفاذ هذه التصرفات من المدين الا فيما يزيد عن وفاء الدين من أمواله كما تقدم تفصيله في محله من نظرية الاهلية (ف/٤٦٢).

٥٤٤ ــ (ب) ــ في أصل المذهب الحنفي أن الغاصب لا يضمن قيمة منافع المغصوب عن مدة الغصب ، بل يضمن العين فقط اذا هلكت أو تعيبت ، لأن المنافع عندهم ليست متقومة في ذاتها ، وانما تتقوم بعقد الاجارة ، ولا عقد في الغصب[1] .

ولكن المتأخرين من فقهاء المذهب الحنفي نظروا تجرؤ الناس على الغاصب . وضعف الوازع الديني في نفوسهم. فأفتوا بتضمين الغاصب اجرة المثل عن منافع المغصوب اذا كان المغصوب مال وقف أو مال يتيم أو معداً للاستغلال ، على خلاف الأصل القياسي في المذهب . زجراً للناس عن العدوان لفساد الزمان .

وعلى هذا استقر العمل وجاءت المجلة (ر : م/٥٩٦/ وشرحها) .

واستناداً الى العلة نفسها نستطيع أن نقول : إن قواعد الاجتهاد الحنفي تتقبل مبدأ تضمين بدل منافع المغصوب مطلقاً في جميع الأموال،

---

(١) - وقد ذهب الائمة الثلاثة الى عكس ماذهب اليه الاجتهاد الحنفي ، فاعتبروا المنافع متقومة في ذاتها كالاعيان ، واوجبوا تضمين الغاصب اجرة المثل عن المال المغصوب مدة الغصب ، سواء استوفى الغاصب منافعه اوعطلها . وهذا الاجتهاد اوجه واصلح ، كما سنرى في الجزء الثالث (ر: ج٣ ف ٦٨-٧٢)

لا في هذه الأنواع الثلاثة فقط ، لازدياد فساد الذمم ، وكثرة الطمع في أموال الغير والتجاوز على الحقوق .

وهذا التعميم في تضمين المنافع توجبه النصوص القانونية لدينا اليوم ، وفيه المصلحة .

٥٤٥ – (ج)ـ في أصل المذهب الحنفي أن الزوجة اذا قبضت معجل مهرها تلزم بمتابعة زوجها حيث شاء .

ولكن المتأخرين لحظوا انقلاب الأخلاق وغلبة الجور ، وأن كثيراً من الرجال يسافرون بزوجاتهم الى بلاد نائية ليس لهن فيها أهل ولا نصير ، فيسيئون معاملتهن ويجورون عليهن ، فأفتى المتأخرون بأن المرأة ، ولو قبضت معجل مهرها ، لاتجبر على متابعة زوجها الى مكان الا اذا كان وطناً لها ،وقد جرى فيه عقد الزواج بينهما ، وذلك لفساد الزمان وأخلاق الناس.وعلى هذا استقرت الفتوى والقضاء في المذهب[1] .

(ر: باب المهر من كتاب النكاح في الدرر ١/٣٤٧ وفي رد المحتار ٢/٣٦٠).

٥٤٦ ـ (د) ـ في أصل المذهب الحنفي وغيره أن القاضي

---

(١) – يلحظ هنا ان المادة /٧١/ من « قانون حقوق العائلة العثماني » الذي كان نافذاً لدينا جاءت توجب على المرأة متابعة زوجها حيث شاء رجوعاً الى اصل المذهب لان الزوج ادرى بموطن رزقه .

والسبب في هذا الرجوع ان القانون المذكور قد فتح في المادة /١٣٠/ منه للمرأة طريق الخلاص بطلب التفريق القضائي ان لم يطب لها المقام مع زوجها .

ثم جاءت المادة /٧٠/ من قانون الاحوال الشخصية الصادر عام/١٩٥٣ ميلادية لدينا تقرر « اجبار الزوجة على السفر مع زوجها الا اذا اشترطت في العقد غير ذلك ، أو وجد القاضي مانعاً من السفر » .

يقضي بعلمه الشخصي في الحوادث : أي ان علمه بالوقائع المتنازع فيها يصلح مستنداً لقضائه ويغني المدعي عن اثبات مدعاه بالبينة ، فيكون علم القاضي بواقع الحال هو البينة . وفي ذلك أقضية مأثورة عن عمر وغيره .ولكن لوحظ فيمابعد أن القضاة قد غلب عليهم الفساد والسوء وأخذ الرشا ، ولم يعد يختار للقضاء الأوفر ثقة وعفة وكفاية ، بل الأكثر تزلفاً الى الولاة ، وسعياً في استرضائهم ، وإلحافاً في الطلب .

لذلك أفتى المتأخرون بأنه لا يصح أن يقضي القاضي بعلمه الشخصي في الوقائع ، بل لابد أن يستند قضاؤه الى البينات المثبتة في مجلس القضاء . حتى لو شاهد القاضي بنفسه عقداً أو قرضاً أو واقعة ما بين اثنين خارج مجلس القضاء ، ثم ادعى به أحدهما وجحدها الآخر ، فليس للقاضي أن يقضي للمدعي بلا بينة ،إذ لو ساغ ذلك بعدما فسدت ذمم كثير من القضاة لزعموا العلم بالوقائع زوراً وميلاً مع الأقوى وسيلة من الخصمين . فهذا المنع ، وان أضاع بعض الحقوق لفقدان الاثبات ، يدفع باطلاً كثيراً . وهكذا استقر عمل المتأخرين على عدم نفاذ قضاء القاضي بعلمه .

ـ على أن للقاضي أن يعتمد علمه في غير القضاء من أمور الحسبة[1] والتدابير الادارية الاحتياطية كالو علم ببينونة امرأة مع استمرار الخلطة بينها وبين زوجها ، أو علم بغصب مال ، فان له أن يحول بين الرجل ومطلقته ، وأن يضع المال المغصوب عند أمين الى حين الاثبات[2] .

---

(١) ـ انظر في معنى امور الحسبة ماتقدم (ف / ٥٨ ح) .

(٢) ـ ر : « الدر المختار ورد المحتار » ٤ / ٣٤٥و٣٥٥ / و « الاشباه » =

٥٤٧ ـ (هـ) – من المبادىء المقررة في أصل المذهب أن العمل الواجب على شخص شرعا لا يصح استئجاره فيه ولا يجوز له أخذ أجرة عليه.

وعلى هذا لو امتنع الغاصب عن رد المغصوب الى مكان الغصب إلا بأجرة، فدفعها له المغصوب منه لا يستحقها الغاصب، بل تسترد منه. ولو امتنعت الزوجة عن القيام بالعمل الواجب عليها شرعاً ضمن البيت فاستأجرها لأجله الزوج لا تستحق الأجرة.

ومن فروع هذا المبدأ الفقهي أن القيام بالعبادات والأعمال الدينية الواجبة، كالامامة وخطبة الجمعة وتعليم القرآن والعلم، لا يجوز أخذ الأجرة عليه في أصل المذهب، بل على المقتدر أن يقوم بذلك مجاناً لأنه واجب ديني. (ر: «البدائع» شرائط المعقود عليه في الاجارة ٤/١٩١-١٩٢).

غير أن المتأخرين من فقهاء المذهب لحظوا قعود الهمم عن هذه الواجبات، وانقطاع الجرايات من بيت المال عن العلماء مما اضطرهم الى التماس الكسب، حتى أصبح القيام بهذه الواجبات غير مضمون إلا بالأجر. لذلك أفتى المتأخرون بجواز أخذ الأجور عليها، حرصاً على تعليم القرآن ونشر العلم وإقامة الشعائر الدينية بين الناس.

(ر: «نشر العرف» لابن عابدين في مجموعة رسائله ٢/١٢٥ ـ ١٢٦).

٥٤٨ ـ (و) إن الشهود الذين يقضى بشهادتهم في الحوادث يجب أن يكونوا عدولاً: أي ثقات، وهم المحافظون على الواجبات

= لابن نجيم الفن الثاني آخر كتاب القضاء، و«جامع الفصولين» ج١ آخر الفصل الاول ص /٢٦/ و«منتصف الفصل العاشر ص /١٣٣/ طبعة المطبعة الازهرية.

٥٥٢ ـ (ب) ـ في العصر الحاضر :

١) ـ قبل إنشاء السجلات العقارية الرسمية التي تحدد العقارات ، وتعطي كلاً منها رقماً خاصاً ، كان التعاقد على العقار الغائب عن مجلس العقد لا بد لصحته من ذكر حدود العقار : أي ما يلاصقه من الجهات الأربع ، ليتميز العقار المعقود عليه عن غيره وفقاً لما تقضي به القواعد العامة من معلومية محل العقد .

ولكن بعد إنشاء السجلات العقارية في كثير من الممالك والبلدان اليوم أصبح يكتفى قانوناً في العقود بذكر رقم محضر العقار دون ذكر حدوده . وهذا ما يوجبه فقه الشريعة ، لأن الأوضاع والتنظيمات الزمنية أوجدت وسيلة جديدة أسهل وأتم تعييناً وتمييزاً للعقار من ذكر الحدود في العقود العقارية . فأصبح اشتراط ذكر الحدود عبثاً ، وقد قدمنا أنه لا عبث في الشريعة (ر : ف/٥٤١) .

٢) ـ وكذلك كان تسليم العقار المبيع الى المشتري لا يتم إلا بتفريغ العقار وتسليمه فعلاً الى المشتري ، أو تمكينه منه بتسليم مفتاحه ونحو ذلك . فاذا لم يتم هذا التسليم يبقى العقار معتبراً في يد البائع ، فيكون هلاكه على ضمانه هو ومسؤوليته وفقاً للأحكام الفقهية العامة في ضمان المبيع قبل التسليم .

ولكن بعد وجود الأحكام القانونية التي تخضع العقود العقارية للتسجيل في السجل العقاري استقر الاجتهاد القضائي أخيراً لدينا على اعتبار التسليم حاصلاً بمجرد تسجيل العقد في السجل العقاري . فمن

٥٥٠ — هذه أمثلة قليل من كثير من المسائل التي تغيرت فيها الآراء الفقهية والفتاوى وعمل القضاء ، لا لاختلاف في الأنظار والمبادىء الفقهية التي بنيت عليها الأحكام الأولى ، بل بسبب : تغير الزمان وفساد الأخلاق العامة، كقعود الهمم عن الواجبات، وفساد الذمم في المعاملات، وفشو الظلم ، وضعف الوازع الديني عن أكل الحقوق بالباطل الخ ..

حتى ان الأحكام الواردة في السنة النبوية نفسها إذا كان منها شيء مبنياً على رعاية أحوال الناس وأخلاقهم في عصر النبوة ، ثم تبدلت أحوالهم وفسدت أخلاقهم ، وجب تبديل الحكم النبوي تبعاً لذلك الى ما يوافق غرض الشارع في جلب المصالح ودرء المفاسد وصيانة الحقوق . وعلى هذا المبدأ سار الصحابة الكرام بعد عصر النبوة :

فقد ورد في صحيح البخاري وغيره أن النبي عليه السلام سئل عن ضالة الإبل: هل يلتقطها من يراها لتعريفها وردها على صاحبها متى ظهر ، (كضالة الغنم ونحوها من الأشياء الصغيرة التي يخشى عليها) ، فنهى النبي عن التقاطها لأنها لا يخشى عليها ما يخشى على غيرها من الضياع ، وأمر بتركها ترد الماء وترعى الكلأ حتى يلقاها ربها . وقد ظل هذا الحكم محافظاً عليه الى آخر عهد عمر .

فلما كان عهد عثمان بن عفان أمر بالتقاط ضوال الإبل وبيعها ،على خلاف ما أمر به رسول الله ﷺ ، فاذا جاء صاحبها أعطي ثمنها ، روى ذلك مالك عن ابن شهاب الزهري ، ذلك لأن عثمان رأى أن الناس قد دب إليهم فساد الأخلاق والذمم وامتدت أيديهم الى الحرام ،

فهذا التدبير أصون لضالة الإبل وأحفظ لحق صاحبها خوفاً من أن تنالها يد سارق أو طامع . فهو بذلك ـ وإن خالف أمر رسول الله في الظاهر ـ إنما هو موافق لمقصوده إذ لو بقي العمل على موجب ذلك الأمر بعد فساد الزمان لآل الى عكس مراد النبي عليه السلام في صيانة الأموال ، وكانت نتيجته ضرراً . (ر : تاريخ الفقه الاسلامي اخراج كلية الشريعة في الأزهر طبعة مطبعة وادي الملوك ص/٤٨) .

(ثانياً) تغيير الأحكام الاجتهادية لتطور الوسائل والأوضاع :

٥٥١ ـ (أ) ـ في الماضي :

ثبت عن النبي ﷺ أنه نهى عن كتابة أحاديثه ، وقال لأصحابه : « من كتب عني غير القرآن فليمحه » .

واستمر الصحابة والتابعون يتناقلون السنة النبوية حفظاً وشفاهاً لا يكتبونها حتى آخر القرن الهجري عملاً بهذا النهي .

ثم انصرف العلماء في مطلع القرن الثاني بأمر من الخليفة العادل عمر ابن عبد العزيز (رضي الله عنه) الى تدوين السنة النبوية لأنهم خافوا ضياعها بموت حفظتها . ورأوا أن سبب نهي النبي عليه السلام عن كتابتها إنما هو خشيته أن تختلط بالقرآن ، إذ كان الصحابة يكتبون ماينزل منه على رقاع . فلما عم القرآن وشاع حفظاً وكتابة ، ولم يبق هناك خشية من اختلاطه بالحديث النبوي ، لم يبق موجب لعدم كتابة السنة بل أصبحت كتابتها واجبة لأنها الطريقة الوحيدة لصيانتها من الضياع ، وقد تقدم أن الحكم يدور مع علته ثبوتاً وانتفاء .

الدينية، المعروفون بالصدق والأمانة. وإن عدالة الشهود شريطة اشترطها القرآن لقبول شهادتهم، وأيدتها السنة وأجمع عليها فقهاء الاسلام.

غير أن المتأخرين من فقهائنا لحظوا ندرة العدالة الكاملة التي فسرت بها النصوص، لفساد الزمن وضعف الذمم وفتور الحس الديني الوازع. فاذا تطلب القضاة دائماً نصاب العدالة الشرعية في الشهود ضاعت الحقوق لامتناع الاثبات. فلذا أفتوا بقبول شهادة الأمثل فالأمثل من القوم حيث تقل العدالة الكاملة.

ومعنى الأمثل فالأمثل: الأحسن فالأحسن حالاً بين الموجودين، ولو كان في ذاته غير كامل العدالة بحدها الشرعي: أي انهم تنازلوا عن اشتراط العدالة المطلقة إلى العدالة النسبية. (ر: «معين الحكام» القسم الثاني، الباب ٢٢ ص/١٤٥).

٥٤٩ ـ (ز) ـ وكذلك أفتى المتأخرون في إثبات الأهلة لصيام رمضان وللعيدين بقبول رؤية شخصين، ولو لم يكن في السماء علة تمنع الرؤية من غيم أو ضباب أو غبار، بعد أن كان في أصل المذهب الحنفي لا يثبت إهلال الهلال عند صفاء السماء إلا برؤية جمع عظيم، لأن معظم الناس يلتمسون الرؤية. فانفراد اثنين بادعاء الرؤية مظنة الغلط أو الشبهة.

وقد علل المتأخرون قبول رؤية الاثنين بقعود هِمم الناس عن التماس رؤية الهلال. فلم تبق رؤية اثنين منهم مظنة الغلط إذا لم يكن في شهادتهما شبهة أو تهمة تدعو إلى الشك والريبة (ر: البحر الرائق لابن نجيم، ورسالة العرف والعادة للأستاذ أبي سنة ص/١١١ ـ ١١٢).

تاريخ التسجيل ينتقل ضمان هلاك المبيع من عهدة البائع الى عهدة المشتري لأن تسجيل البيع فيه تمكين للمشتري أكثر مما في التسليم الفعلي، إذ العبرة في الملكية العقارية قانوناً لقيود السجل العقاري لا للأيدي والتصرفات. وبتسجيل البيع لم يبق البائع متمكناً أن يتصرف في العقار المبيع بعقد آخر استناداً الى وجوده في يده. وجميع الحقوق والدعاوى المتفرعة عن الملكية، كطلب نزع اليد وطلب الأجرة وغير ذلك، تنتقل الى المشتري بمجرد التسجيل.

فبناء على ذلك يصبح من الضروري في فقه الشريعة أن يعتبر لتسجيل العقد العقاري حكم التسليم الفعلي للعقار في ظل هذه الأوضاع القانونية التنظيمية الجديدة[1].

٣) ـ أوجب الشرع الاسلامي على كل زوجة تطلق من زوجها عدة تعتدها، وهي أن تمكث مدة معينة يمنع فيها زواجها برجل آخر. وذلك لمقاصد شرعية تعتبر من النظام العام في الاسلام، أهمها تحقق فراغ رحمها من الحمل منعاً لاختلاط الأنساب.

وكان في الحالات التي يقضي فيها القاضي بالتطليق أو بفسخ النكاح تعتبر المرأة داخلة في العدة ويبدأ حساب عدتها من فور قضاء القاضي بالفرقة، لأن حكم القاضي في الماضي كان يصدر مبرماً واجب التنفيذ فوراً، لأن القضاء كان مؤسساً شرعاً على درجة واحدة، وليس فوق

---

(١) ـ أوضحنا ذلك واستوفينا ادلته في الجزء الخامس الباحث في عقد البيع، وهو الذي يبدأ فيه قسم العقود المسماة من هذه السلسلة الفقهية (ر: ج٥ ف/١٠٩)

القاضي أحد له حق النظر في قضائه .

لكن اليوم قد أصبح النظام القضائي لدينا يجعل قضاء القاضي خاضعاً للطعن بطريق الاستئناف أو بطريق النقض أو بكليهما . وهذا التنظيم القضائي الجديد لا ينافي الشرع لأنه من الأمور الاستصلاحية الخاضعة لقاعدة المصالح المرسلة (ر : ف/ ٢٩ وما بعدها) .

فاذا قضى القاضي اليوم بالفرقة بين الزوجين وجب أن لا تدخل المرأة في العدة الا بعد أن يصبح قضاؤه مبرما غير خاضع لطريق من طرق الطعن القضائي ، وذلك إما بانقضاء المهل القانونية دون طعن من الخصم ،أو بابرام الحكم المطعون فيه لدى المحكمة المطعون لديها ورفضها للطعن حين ترى الحكم موافقاً للأصول . فمن هذا الوقت يجب اليوم أن تدخل المرأة في العدة ويبدأ حسابها ،لا من وقت صدور الحكم الابتدائي، لأنها لو اعتدت منذ صدور الحكم الابتدائي لربما تنقضي عدتها وتتحرر من آثار الزوجية قبل الفصل في الطعن المرفوع على حكم القاضي الأول بانحلال الزوجية ، ثم ينقض هذا الحكم لخلل تراه المحكمة العليا فيه . وهذا النقض يرفع الحكم السابق ، ويوجب عودة الزوجية .

فكيف يمكن ذلك بعد أن تصبح المرأة متحررة من آثار الزواج بانقضاء عدتها وقد ساغ لها أن تتزوج زوجاً آخر ،وقد تكون تزوجت فعلاً !؟

لذلك يجب أن يعتبر الحكم الابتدائي الأول بالفرقة كحكم معلق على الابرام (أي يعتبر مشروع فرقة) لا تسري نتائجه ، وخاصة منها العدة الا بعد صيرورته مبرما .

وقبل ذلك تبقى الزوجية قائمة بكل نتائجها رغم قضاء القاضي بالفرقة نظراً لتبدل الاوضاع القضائية عما كانت عليه في الماضي عندما كان قضاء القاضي الشرعي يصدر مبرما لامعقب عليه .

ولا محذور في اعتبار الزوجية قائمة مستمرة قبل انبرام الحكم بالفرقة، بل ان لذلك نظيراً في الشرع يشبهه من هذا الوجه وهو الطلاق الرجعي الذي يوقعه الزوج نفسه. فان الزوجية تبقى مع الطلاق الرجعي قائمة من كل وجه بين الزوجين رغم الطلاق مادامت المرأة في العدة ، حتى إن المتعة الزوجية تظل حلالاً بينهما، وكذا لو مات أحدهما خلال العدة يرثه الآخر . فالطلاق الرجعي في النظام الإسلامي هو كما يقال بلغة العصر : « مشروع فرقة » قابل للرفع والالغاء بالمراجعة. فاذا انقضت عدة المرأة دون رجعة من الزوج المطلق فعندئذ تقع البينونة (الفرقة).

فيجب أن يعتبر نظير ذلك بالنسبة الى بدء عدة المرأة في حالة التطليق القضائي اليوم .

٥٥٣ ــ فمن مجموع هذه الأمثلة وأشباهها يتضح أن قضية تغير الأحكام لتغير الزمان لايصح أن تعتبر من صميم نظرية العرف كما يعتبرها بعض الباحثين ، بل هي من نظرية المصالح المرسلة . فان قعود الهمم ، وفساد الذمم ، وقلة الورع ، وكثرة الطمع والمستحدثات الجديدة ، ليست أعرافاً يتعارفها الناس ويبنون عليها أعمالهم ومعاملاتهم ، وانما هي انحلال في الأخلاق يضعف الثقة ، أو هي اختلاف في وسائل التنظيم الزمني وكل ذلك يجعل الأحكام التي أسسها الاجتهاد في ظروف

مختلفة عن الظروف الجديدة غير صالحة لتحقيق الغـاية الشرعية من تطبيقها ، فيجب أن تتغير الى الشكل الذي يتناسب مع الأوضــاع القائمة ، ويحقق الغاية الشرعية من الحكم الأصلي .

وذلك نظير السفينة الشراعية التي تقصد اتجاهاً معيناً في ريح شمالية مثلا ، فان شراعها يقام على شكل يسير بالسفينة في الاتجاه المطلوب ، فاذا انحرف مهب الريح وجب تعديل وضع الشراع الى شكل يضمن سير السفينة في اتجاهها المقصود ،والا انحرفت أو توقفت .

وقد قال العلامة ابن عابدين رحمه الله في رسالته « نشر العرف » مانصه:

« كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان ، لتغير عرف أهله ، أو لحدوث ضرورة ، أو لفساد أهل الزمان ، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس ،ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد . ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا مانص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على مـا كان في زمنه ، لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه » اهـ .

(ر : مجموعة رسائل ابن عابدين ٢/١٢٥ والأمثلة التي أتى بها)

وقال الشهاب القرافي أيضاً في « الفروق » تحت الفرق /٢٨/ المسألة الثالثة ١ / ١٧٧ / مانصه :

الجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد

علماء المسلمين والسلف الماضين) اهـ .

ويقول ابن القيم رحمه الله في فصل « تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد » :

« هذا فصل عظيم النفع جداً ، وقد وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة ، وتكليف مالا سبيل اليه ، مايعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لاتأتي به . فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ؛ وهي عدل كلها ؛ ورحمة كلها ، ومصالح كلها وحكمة كلها . فكل مسألة خرجت عن العدل الى الجور ، وعن الرحمة الى ضدها ، وعن المصلحة الى المفسدة . وعن الحكمة الى العبث ، فليست من الشريعة وان ادخلت فيها بالتأويل » الخ . .

(ر : اعلام الموقعين طبعة المنيرية ج ٣ ص / ١ / وطبعة فرج الله زكي الكردي ج ٣ ص / ٢٧) .

٥٥٤ ــ هذا آخر القسم الثاني من هذا المدخل عرضنا فيه تلك النظريات الخمس الفقهية الاساسية التي هي دعائم الفقه الكبرى ، وقناطره التي يقوم عليها بنيانه في شتى أبوابه ، وهي نظرية الملكية ، ونظرية العقود ، ونظرية المؤيدات ، ونظرية الاهلية والولاية ، ونظرية العرف .

فقلما يوجد فرع فقهي لايكون لواحدة فأكثر من هذه النظريات

الكبرى علاقة به : فانه اذا كان فيه ثبوت ملكية في عين أو منفعة خضع لنظرية الملكية وقواعدها . واذا كان فيه التزام عقدي خضع لنظرية العقود . واذا كان فيه صحة أو فساد أو بطلان أو توقف خضع لنظرية المؤيدات ونظرية الأهليات . واذا كان في حكمه تأثير للعرف خضع لنظربة العرف . وإذا كان فيه تصرف بفعل أو بقول ، أو فيه إثبات حق أو التزام خضع أيضاً لنظرية الأهلية والولاية والعقد .

فهذه النظريات الاساسية الكبرى تضرب نطاقاً حول أبواب الفقه وفصوله كلها يحيط بها ، ويهيمن عليها ويوجه أحكامها ، وتمسك كل جهة منه بطرف من هذه الأحكام .

٥٥٥ — وقد بقيت نظرية سادسة هامة قد كان في مخطط بحثي أن أعالجها وأتمم بها عقد النظريات الاساسية الكبرى ، وتلك هي نظرية الضمانات ، تعرض فيها المبادىء الفقهية في ضمان الاموال والحقوق والتزاماتها في الذمم ، واسباب التضمين الشرعية ، وأنواع الضمان من مستقر ومتحول ، وهو الذي يستوجب للضامن الغارم حقاً في أن يرجع بما ضمنه على غيره ، وعوامل كل نوع وضابطه ، وما إلى ذلك من مباحث . ولكني تركت معالجة هذه النظرية الآن نظراً لضيق وقتي ولضيق نطاق هذا المدخل الفقهي عنها ؛ فقد اتسعت مباحثه الى أكثر من الحد الذي كنت قدرته لها والامر إذا اتسع ضاق ! !

والآن ننتقل الى القسم الثالث من هذا المدخل ، وهو القسم الاخير المخصص لعرض القواعد الكليه في الفقه الاسلامي .

القسم الثالث

القواعد الكلية
في الفقـه الاسلامى

الباب الأول

معنى القواعد الكلية ومكانتها الفقهية

ولمحة تاريخية عنها

١) معنى القواعد الكلية

ومكانتها الفقهية

٥٥٦ — القاعدة في اللغة : هي أساس البيت ونحوه . وعليه قوله تعالى : « وإذ يرفع ابراهيم القواعد من البيت واسماعيل » .

(ر : المصباح ، وغريب القرآن للسجستاني) .

وفي اصطلاح النحاة هي : **الضابط** ، بمعنى الحكم المنطبق على جميع جزئياته ، كقولهم : **الفاعل مرفوع ، والمفعول به منصوب** .

أما في اصطلاح الفقهاء فالقاعدة هي : **حكم اغلبي ينطبق على معظم جزئياته** (ر : حاشية الحموي على «الاشباه» الفن الاول تحت القاعدة الاولى)

وذلك كقولهم : « **الامور بمقاصدها** » وقولهم : « **الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه** » . ويسمى أمثالها اليوم في الاصطلاح القانوني : « **مبادىء** » ، جمع مبدأ Principel.

فالقواعد الفقهية هي :

اصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها .

فهي تمتاز بمزيد الايجاز في صياغتها ، على عموم معناها وسعة استيعابه للفروع الجزئية . فتصاغ القاعدة بكلمتين او ببضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم [1] .

٥٥٧ ــ وقد سلفت الاشارة أول البحث في قسم **النظريات الاساسية الكبرى** إلى الفرق بين تلك النظريات والقواعد الكلية . فقد بينا هناك أن هذه القواعد إنما هي مبادىء وضوابط فقهية يتضمن كل منها **حكماً عاماً** . أما النظريات الأساسية التي عرضناها في ذلك القسم الثاني فتؤلف

---

(١) ــ ألفاظ العموم في اصطلاح علم اصول الفقه هي الالفاظ الموضوعة لغة للدلالة بصيغتها او بمعناها على افراد كثيرة غير محصورة على سبيل الاستغراق كلفظة (المؤمنون) في قوله تعالى : « **إنما المؤمنون اخوة** » ، لان صيغة الجمع المعرف تعم ؛ وكلفظ « **القوم** ، **والرهط** ، **ومن** ، **وما** » فان معناها يقع على الجمع وان كان لفظها مفرداً . وانواع الفاظ العموم مبينة في بحث « **العام والخاص** » من كتب اصول الفقه .

كل منها **نظاما موضوعيا** في الفقه والتشريع . وقد تأتي القاعدة الكلية ضابطاً خاصاً بناحية من نواحي إحدى تلك النظريات ، كما تقدم (ر : ف / ٩٩) .

٥٥٨ ــ وهذه القواعد الفقهية هي كما قلنا أحكام **أغلبية غير مطردة** لأنها إنما تصور الفكرة الفقهية المبدئية التي تعبر عن المنهاج القياسي العام في حلول القضايا وترتيب أحكامها . والقياس كثيراً ما ينخرم ويعدل عنه في بعض المسائل إلى حلول استحسانية استثنائية لمقتضيات خاصة بتلك المسائل ، تجعل الحكم الاستثنائي فيها أحسن وأقرب إلى مقاصد الشريعة في تحقيق العدالة ، وجلب المصالح ، ودرء المفاسد ، ودفع الحرج ، كما تقدم ايضاحه في بحث الاستحسان .

ولذلك كانت تلك القواعد الفقهية قلما تخلو إحداها من مستثنيات في فروع الأحكام التطبيقية خارجة عنها ، إذ يرى الفقهاء أن تلك الفروع المستثناة من القاعدة هي أليق بالتخريج على قاعدة أخرى ، أو أنها تستدعي أحكاماً استحسانية خاصة .

قال مهذب فروق القرافي نقلاً عن العلامة الأمير : « **من المعلوم أن أكثر قواعد الفقه أغلبية** » (: تهذيب الفروق تحت الفرق الثاني ج ١ ص / ٣٦) .

ومن ثم لم تسوغ المجلة أن يقتصر القضاة في أحكامهم على الاستناد إلى شيء من هذه القواعد الكلية فقط دون نص آخر خاص او عام

يشمل بعمومه الحادثة المقضي فيها ، لأن تلك القواعد الكلية ،على مالها من قيمة واعتبار ، هي كثيرة المستثنيات ، فهي دساتير للتفقيه ، لا نصوص للقضاء . (ر : المقالة الاولى من مقدمة المجلة) .

٢) مكانة هذه القواعد وموقعها من اصول الشريعة

٥٥٩ ــ وكون هذه القواعد أغلبية لا يغض من قيمتها العلمية، وعظيم موقعها في الفقه ، وقوة أثرها في التفقيه ، فان في هذه القواعد تصويراً بارعاً ، وتنويراً رائعاً للمبادىء والمقررات الفقهية العامة ، وكشفاً لآفاقها ومسالكها النظرية ، وضبطاً لفروع الأحكام العملية بضوابط تبين في كل زمرة من هذه الفروع وحدة المناط ، وجهة الارتباط برابطة تجمعها وان اختلفت موضوعاتها وأبوابها .

ولولا هذه القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً مشتتة قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها في الأفكار ، وتبرز فيها العلل الجامعة ، وتعين اتجاهاتها التشريعية ، وتمهد بينها طريق المقايسة والمجانسة .

يقول العلامة الشهاب القرافي في مقدمة كتاب « الفروق » :

« إن الشريعة المحمدية اشتملت على أصول وفروع . وأصولها قسمان :

ــ أحدهما المسمى « أصول الفقه » ، وأغلب مباحثه في

قواعد الأحكام الناشئة عن الالفاظ كدلالة الامر على الوجوب ، ودلالة النهي على التحريم ، وصيغ الخصوص والعموم ، وما يتصل بذلك كالنسخ والترجيح .

ـــ والثاني هو القواعد الكلية الفقهية ، وهي جليلة كثيرة لها من فروع الاحكام ما لا يحصى . وهذهالقواعد لم يذكر منها شيء في أصول الفقه . وقد يشار إليها هناك على سبيل الاجمال .

وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع ، وبقدر الاحاطة بها يعظم قدر الفقيه ، وتتضح له مناهج الفتوى . ومن أخذ بالفروع الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه تلك الفروع واضطربت ، واحتاج الى حفظ جزئيات لا تتناهى .

ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات، وتناسبعنده ماتضارب عند غيره » اه ملخصاً .

٣) لمحة تاريخية عن القواعد الكلية

٥٦٠ ــ ان القواعد الكلية المأثورة في الفقة الاسلامي لم توضع كلها جملة واحدة كما توضع النصوص القانونية في وقت معين على أيدي أناس معلومين ، بل تكونت مفاهيمها وصيغت نصوصها بالتدرج في عصور ازدهار الفقه ونهضته على أيدي كبار فقهاء المذاهب من أهل التخريج والترجيح ، استنباطاً من دلالات النصوص التشريعية العامة ، ومبادىء أصول الفقه ، وعلل الاحكام ، والمقررات العقلية .

هذا، ولا يعرف لكل قاعدة صائغ معين من الفقهاء إلا ما كان منها نص حديث نبوي ، كقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » او ما أثر عن بعض أئمة المذاهب وكبار أتباعهم من عبارات جرت بعد ذلك مجرى القواعد ، كقول أبي يوسف صاحب أبي حنيفة في كتاب « الخراج » الذي وضعه للرشيد : « ليس للامام ان يخرج شيئاً من يد أحد الا بحق ثابت معروف » .

(ر : « الخراج » فصل موات الأرض ، ورد المحتار ٢/٢٥٧) .

أما معظم تلك القواعد فقد اكتسبت صياغتها الاخيرة المأثورة عن طريق التداول والصقل والتحوير على أيدي كبار فقهاء المذاهب في مجال التعليل والاستدلال ، فقد كانت تعليلات الاحكام الفقهية الاجتهادية ، ومسالك الاستدلال القياسي عليها ، اعظم مصدر لتقعيد هذه القواعد وإحكام صيغها ، بعد استقرار المذاهب الفقهية الكبرى ، وانصراف كبار اتباعها الى تحريرها وترتيب اصولها وأدلتها [1] (ر : ف/٥٩)

٥٦١ ـ والظاهر ان المذهب الحنفي ، وهو اقدم المذاهب الاربعة الكبرى ، قد كانت الطبقات العليامن فقهائه اسبق الى صياغة تلك المبادىء الفقهية الكلية في صيغ قواعد ، والاحتجاج بها . وعنهم نقل رجال المذاهب الاخرى ما شاؤا منها .

وكانت هذه القواعد تسمى : **اصولاً** كما قال القرافي آنفا .

---

(١) ـ ومن دلائل هذا التطور في الصياغة الفقهية الفنية للقواعد ان القاعدة المشهورة الاساسية في كون الاقرار انما يلزم صاحبه المقر ، ولا يسري حكمه على غيره ، ترى نصها المتداول في كتب المتأخرين وفي المادة ٧٨ من المجلة هو : « **الاقرار حجة قاصرة** » بينما ان اصل هذه القاعدة في قواعد الامام الكرخي التي سيأتي ذكرها هو بالنص التالي :

« **الأصل : أن المرء يعامل في حق نفسه كما اقر به ولا يصدق على إبطال حق الغير ولا بالزام الغير حقاً** » .

وهكذا كثير من القواعد المأثورة اذا قورنت نصوصها الاخيرة باصولها القديمة .

فكثيراً ما نرى شراح المذهب في تعليلات الاحكام ،ونرى المؤلفين في القواعد ، يقولون : « من أصول أبي حنيفة أو الأصل عند أبي حنيفة كذا وكذا » ويذكرون بعض هذه القواعد ، كما يرى في كتاب « تأسيس النظر » للدبوسي ، وفي قواعد الكرخي الآتي ذكرهما .

٥٦٢ ــ ولعل اقدم خبر يروى عن جمع القواعد الكلية في المذهب الحنفي مصوغة بصيغها الفقهية المأثورة ماورواه العلامة ابن نجيم في مقدمة كتابه «الاشباه والنظائر» من ان الامام أبا طاهر الدباس ـ وهو ممن عاش في القرنين الثالث والرابع للهجرة كما سنرى ـ قد جمع أهم قواعد مذهب أبي حنيفة في سبع عشرة قاعدة كلية . وكان ابو طاهر ضريراً يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد خروج الناس منه ، وذكر ابن نجيم أن أبا سعيد الهروي الشافعي قد رحل الى أبي طاهر ونقل عنه بعض هذه القواعد[1] ومن جملتها القواعد الخمس التي تعتبر امهات القواعد ومباني الاحكام الشرعية من نصية واجتهادية ؛ وهي :

(١) ــ الامور بمقاصدها (٢) ــ الضرر يزال (٣) العادة محكمة

---

(١) ــ يروي ابن نجيم قصة هــذه الرحلة والنقل بصورة مستبعدة لا تصح تفاصيلها . ولكن الظاهر ان لها اصلاً ثابتاً، اذ رواها الجلال السيوطي الشافعي في كتابه «الاشباه والنظائر» (ص/٤ــ٥) والكمال ابن الهمام الحنفي في «فتح القدير» . (ر : «مقدمة الاشباه » لابن نجيم ، وحاشية الحموي عليها) .

(٤) ـ اليقين لا يزول بالشك (٥) المشقة تجلب التيسير[1].

٥٦٣ ـ وأقدم مجموعة من هذه القواعد الكلية وصلت الينا في شكل رسالة خاصة هي قواعد الامام ابي الحسن الكرخي، وقد شرحها واوضحها بالامثلة الامام نجم الدين ابو حفص عمر النسفي الحنفي المتوفى سنة /٥٣٧/ للهجرة[2].

والظاهر أن الكرخي قد أخذ القواعد التي جمعها أبو طاهر الدباس وأضاف اليها، فقد جاءت مجموعة الكرخي بسبع وثلاثين قاعدة، بينما رأينا آنفاً فيما رواه ابن نجيم ان القواعد التي جمعها الامام الدباس كانت سبع عشرة.

ويرى الناظر في قواعد الامام الكرخي هذه ان بعضاً منها ليس

---

(١) ـ وقد نظمها بعض الشافعية مشيراً الى أساسيتها في مذهبهم ايضاً بقوله:

خمس مقررة قواعد مذهب ... للشافعي فكن بهن خبيرا:
ضرر يزال، وعادة قد حكمت، ... وكذا المشقة تجلب التيسيرا،
والشك لا ترفع به متيقناً، ... والقصد أخلص ان اردت اجورا

(٢) ـ الامامان الكرخي والدباس كانا متعاصرين، وكلاهما من اكابر فقهاء الطبقات العليا في المذهب الحنفي، لكن الكرخي اكثر شهرة وذكراً.

فالكرخي: هو الامام ابو الحسن عبيد الله بن الحسين الكرخي، نسبة الى كرخ العراق. ولد سنة /٢٦٠/ هـ، وتوفي سنة /٣٤٠/ هـ، وانتهت اليه رئاسة المذهب الحنفي.

والدباس: هو الامام ابو طاهر محمد بن محمد الدباس. كان امام اهل الرأي في العراق حافظاً خبيراً بالروايات، ومن اقران الكرخي. وقد ولي القضاء بالشام. (ر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية للشيخ عبد الحي اللكنوي ص/١٠٩ و ١٨٧).

من قبيل القواعد بالمعنى الذي حددناه للقاعدة ، وانما هو من قبيل الافكار التوجيهية لرجال المذهب في تعليل المسائل، كقول الكرخي مثلا فيها :

الاصل : ان كل آية تخالف قول اصحابنا فانها تحمل على النسخ او على الترجيح او على التأويل من جهة التوفيق .

ونستخلص من ذلك أن هذه القواعد ، وهي مفاهيم ومبادىء فقهية كبرى ضابطة لموضوعاتها ، قد بدأت حركة تقعيدها وتدوينها أواخر القرن الثالث الهجري ، وأن معانيها الفقهية كانت مقررة لدى الائمة المجتهدين تعتبر أصولا علمية لهم يقيسون بها ويبنون عليها ويعللون بها ، وان كانت لم تفرد بالتدوين قبل ذلك ، ولم تأخذ الصياغة التي انتهت اليها فيما بعد الا بالصقل والتحوير وهي غير « اصول الفقه » التي هي علم يقرر الطريقة العلمية في تفسير النصوص وفهمها والاستنباط منها.

٥٦٤ ـ ثم جاء الامام ابو زيد عبيد الله بن عمر الدبوسي الحنفي ، فوضع كتابه «**تأسيس النظر**» وضمنه طائفة هامة من الضوابط الفقهية الخاصة بموضوع معين، ومن القواعد الكلية مع التفريق عليها [1].

---

(١) ـ الدبوسي من اكابر فقهاء المذهب الحنفي كان يضرب به المثل في النظر والاحتجاج الفقهي . وذكر ابن خلكان انه **أول من وضع علم خلاف الفقهاء.**

والمراد بعلم خلاف الفقهاء ما نسميه اليوم في اصطلاح علم الحقوق الحديث باسم : **الفقه المقارن** . فالدبوسي رحمه الله اول من عني بتنظيم البحث في الفقه المقارن بين المذاهب ، وجعل منه علماً مستقلا .

=

٥٦٥ — ثم جاء أخيرا العلامة زين العابدين ابراهيم بن نجيم المصري المتوفى سنة /٩٧٠/هـ فجمع في الفن الاول من كتابه« الاشباه والنظائر » **خمسا وعشرين** قاعدة ، وصنفها الى نوعين :

١ ـ) قواعد اساسية كالاركان في المذاهب الفقهية وهي ست قواعد: الخمس المتقدمة ، مضافاً اليها سادسة هي قاعدة « **لاثواب الا بالنية** ».

٢ ـ) تسع عشرة قاعدة اخرى في موضوعات مختلفة اقل اتساعا وشمولا ، يتفرع عنها بعض قواعد فرعية اخرى ، واحكام كثيرة .

وقد بسط ابن نجيم القول فيما يتفرع عن هذه القواعد من فروع الاحكام العملية .

ثم في منتصف القرن الثاني عشر الهجري جاء الفقيه الحنفي التركي **محمد ابو سعيد الخادمي** صاحب الحاشية على كتاب « **الدرر شرح الغرر** » فوضع متنا في اصول الفقه أسماه « **مجامع الحقائق** » ، وختمه بخاتمة جمع

= وكتابه هذا « تأسيس النظر » مطبوع مع قواعد الامام الكرخي في المطبعة الادبية بمصر .

(١) — لم تكن هذه القاعدة فيما نرى جديرة بأن تزاد على تلك القواعد الخمس الامهات ، بل هي فرع من عموم قاعدة« **الامور بمقاصدها** »فتغني هذه عنها. وكلاهما مستمد من الحديث النبوي القائل: «**انما الاعمال بالنيات، وانما لكل امرىء مانوى**».

على ان قاعدة « **الامور بمقاصدها** » هي التي تتفق مع نص هذا الحديث في عموم الحكم ، فان كلا منهما يشمل ثواب الاعمال الاخروي كما يشمل كثيراً من نتائج التصرفات المدنية والاعمال الجنائية التي تختلف احكامها القضائية الدنيوية باختلاف قصد الفاعل ونيته . اما قاعدة «**لاثواب الا بالنية**» فخاصة بالثواب الاخروي فقط .

فيها مجموعة كبيرة من القواعد الفقهية الكلية ، عرضها بنصوصها دون ما شرح ، ورتبها على حروف المعجم بحسب الحرف الاول من أول كلمة من كل منها ، فبلغت اربعاً وخمسين ومائة قاعدة[1].

وقد جاء فيها بضع قواعد من قبيل الاصول التوجيهية لرجال المذهب في تعليل المسائل ، كالتي جاءت في قواعد الكرخي. وبعضها متداخل ، وباقيها كله قواعد فقهية ذات احكام عامة دستورية . اخذ فيها الخادمي معظم ما جمعه ابن نجيم في الاشباه واضاف اليه .

٥٦٦ ـ ثم جاءت مجلة الاحكام العدلية تحمل في صدرها مجموعة كبيرة من هـذه القواعد ، مختارة من اهم ما جمعه ابن نجيم والخادمي مضافاً اليه بعض قواعد اخرى ،فبلغت **تسعا وتسعين** قاعدة في ٩٩ مادة (من المادة/٢ حتى المادة/١٠٠) استهلت بها احكام المجلة بعد المادة الاولى التي تضمنت تعريف الفقه وتقسيم مباحثه .

٥٦٧ ـ وبعد المجلة قام العلامة السيد الشيخ *محمود حمزه* ، مفتي دمشق في عهد السلطان عبد الحميد ، باستقصاء القواعد والضوابط والاصول في معظم الابواب الفقهية مما وراء قواعد المجلة . وقد جمعها

(١) ـ **جامع الحقائق** للخادمي مطبوع مع شرح له اسمه « **منافع الحقائق** » في (المطبعة العامرة) بالقسطنطينية سنة /١٣٠٨/ هـ . ولقواعده ايضاً شرح مستقل. وقد تابع الخادمي في هذا الترتيب على الحروف كتاباً في القواعد للعلامة الزركشي الشافعي المتوفي سنة /٧٩٤/ هـ اسمه « **المنثور في ترتيب القواعد الفقهية** » .

في كتاب أسماه : «الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية» واوضحها ببعض الامثلة ورتبها على أبواب الفقه ، فكان آخر وأوسع ماجمع باسم القواعد والاصول الفقهية فيما نعلم ،وهو ينثر بين القواعد أحكاما اساسية يسميها « فوائد » وهو مطبوع بدمشق سنة ١٩٢٨م.

ولكن القواعد الكلية بمعناها الذي بيناه كالتي جاءت بها المجلة قليلة جدا فيه . وجل ماجاء فيه تحت عناوين القواعد انما هو ضوابط جزئية أو أحكام أساسية ، في موضوعات خاصة من ابواب الفقه وللمؤلف رسالة اخرى في قواعد احكام الوقف خاصة .

٥٦٨ ــ هذا مجمل حركة تقعيد القواعد الفقهية ثم جمعها في المذهب الحنفي .

ويظهر من تتبع حركة التأليف في القواعد ان فقهاء الشافعية ثم الحنابلة ، ثم المالكية تابعوا الحنفية في ذلك ، ثم انتقلت الى علماء الشيعة ، بهذا الترتيب التاريخي .

وقد كان القرن الثامن الهجري أحفل القرون بهذه التآليف كما يعلم من تتبع ماسجلته فهارس المكتبات الشهيرة من المؤلفات أيضاً .

ويلاحظ هنا أن كثيراً من المؤلفات التي عرفت باسم « الاشباه والنظائر » ككتاب التاج السبكي ، وكتاب الجلال السيوطي الشافعيين، تشتمل على كثير من هذه القواعد . حتى ان ابن نجيم الحنفي

ذكر في مقدمة «أشباهه» أنه أراد وضعه على غرار كتاب السبكي الشافعي.

على أن أشهر ما عرف ووصل الينا مطبوعاً من مؤلفات المذاهب الثلاثة غير الحنفي ، مما يبحث في القواعد أو يحمل اسم القواعد، ثلاثة مؤلفات هامة :

١) ــ كتاب « قواعد الاحكام في مصالح الانام » للامام الفقيه الشافعي عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام المتوفى سنة/٦٦٠/ه .

٢) ــ وكتاب « الفروق » للفقيه المالكي شهاب الدين أحمد بن ادريس الشهير بالقرافي المتوفى سنة /٦٨٤/ ه تلميذ العز بن عبد السلام الشافعي .

٣) ــ وكتاب «القواعد » للفقيه الحنبلي عبد الرحمن بن رجب المتوفى سنة /٧٩٥/ ه .

غير أن هذه الكتب على عظم قيمتها لا تتضمن القواعد بالمعنى الذي حددناه لكلمة « القاعدة » : وهي النصوص الفقهية الدستورية التي تعبر عن أحكام كلية في بضعة ألفاظ من صيغ العموم، وانما تتضمن تقسيمات وضوابط أساسية في موضوعات فقهية كبرى .

أ) ــ فكتاب العز بن عبد السلام الشافعي مبني على فصول فقهية موضوعية ، يضع فيها الموضوع الفقهي عنواناً في رأس الفصل ، ثم يقسم الأحكام المتعلقة به ، ويفصلها تفصيلاً فيه كثير من بيان حكمة التشريع ، فهو أشبه بمدخل فقهي قيم .

ب) ــ وكتاب « الفروق » للقرافي قد أوضح في مقدمته أنه قد وضعه لبيان(الفروق بين القواعد)، وأنه قد جمع فيه /٥٤٨/قاعدة ، وأوضح كلا منها بما يناسبها من الفروع . وقد جاء الكتاب مطبوعاً في أربعة أجزاء كبار .

غير أن هذا الكتاب أيضاً ، على عظيم قيمته وماتضمن من مباحث لم يسبق اليها ، لم يجمع قواعد بالمعنى الذي نعنيه هنا ، وإنما يريد من القواعد معنى الاحكام الاساسية في الموضوعات الفقهية الكبرى.فهو يعرض هذه الأحكام الاساسية في كل موضوعين متشابهين ، ويجلو الفروق بينهما فيها فيقول مثلا :

(الفرق بين قاعدتي الانشاء والخبر) و (الفرق بين قاعدة ماتؤثر فيه الجهالة والغرر، وقاعدة ما لاتؤثر فيه من التصرفات) و(الفرق بين قاعدتي تمليك المنفعة وتمليك الانتفاع) و (الفرق بين قاعدتي العرف القولي والعرف الفعلي) وهكذا ...

فهو يريد بالقاعدة معنى الأحكام الاساسية في موضوع معين ، لا المعنى الاصطلاحي الذي بيناه لها .

على أن كتاب الفروق هذا قد انتثرت في فصوله قواعد فقهية دستورية كثيرة متفرقة في مناسبات تعليل الاحكام ونصب الضوابط .

ج) ــ وكتاب ابن رجب الحنبلي بنى مباحثه على مائة وستين قاعدة ، وختمه باحدى وعشرين فائدة .

وهو كذلك يضع تحت عنوان « **قاعدة** » موضوعاً فقهياً ثم يتناوله بايضاح مسهب ، وتفصيل معجب ، وهو كتاب عظيم القيمة ، يحمل من الثروة الفقهية ما يجل عن الوصف . وقد وصفه صاحب كشف الظنون بأنه : من « العجائب »[1] .

ولكنه على كل حال ليس مجموعة قواعد فقهية ذات نصوص عامة دستورية بالمعنى السالف البيان .

٥٦٩ ــ اما قواعد المجلة التي هي هدف بحثنا في هذا القسم الاخير من هذا الكتاب فكلها قواعد كلية ذات صياغة تشريعية فنية بالمعنى السالف البيان .

غير انها قد جاء في بعض منها شيء من الترادف او التداخل مع غيره . ومن ثم وجب تصنيفها الى صنفين .

١) ــ **القواعد الاساسية** التي كل منها اصل مستقل ليس متفرعاً من قاعدة أعم منه .

٢) ــ **القواعد المتفرعة** من تلك القواعد الاساسية .

وإن لجنة المجلة لم تصنف هذه القواعد ولم تراع التناسب والتناسق في عرضها ، بل سردتها سرداً غير مرتب ، تفرقت وتباعدت فيه القواعد المتقاربة او المتداخلة في المعنى والموضوع. فمثلا نجد :

ــ في المادة / ٦٠ / قاعدة : « إعمال الكلام اولى من اهماله » ؛

(١) ــ وكلا الكتابين «قواعد ابن عبد السلام وقواعد ابن رجب » مطبوع في مصر .

ــ وفي المادة /١٢/ من المجلة قاعدة: « الاصل في الكلام الحقيقة»؛
ــ وفي المادة /٦١/ قاعدة: « اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز»؛
ــ وفي المادة /٦٢/ قاعدة : « اذا تعذر إعمال الكلام يهمل » ؛
مع أن هذه القواعد الاربع هي حلقات من سلسلة موضوع واحد، ترسم بمجموعها ، وبهذا الترتيب الذي أوردناها به الآن ، الدستور الاصولي المرتب في فهم النصوص ، والطريقة العلمية الصحيحة في تفسيرها وكيفية العمل بها .

٥٧٠ ــ هذا ، وبما أن هذه القواعد الكلية قد أدخلت في صلب المجلة وجعلت جزءاً منها ،عني جميع شراح المجلة بشرحها شروحاً متفاوتة في الاسهاب والاقتضاب ، تبين ما يتفرع عليها من أحكام فقهية ، وما يستثنى منها ؛ كما أفردت أيضاً بشروح خاصة بها دون سائر المجلة ، فإن دراسة هذه القواعد الكلية وإيضاحها مما يعطي الدارس ملكة فقهية عاجلة ، ويلقي نوراً كاشفاً على آفاق الفقه الاسلامي ومبانيه ، فيمشي الطالب في فهمه بخطى ثابتة مكينة ، وبصيرة مدركة .

٥٧١ ــ وقد كان من برنامج هدفي في هذا المدخل أن أجعل هذا القسم الثالث الاخير منه شرحاً واسعاً لهذه القواعد التي صدرت بها المجلة .

غير أني لحظت عند وصولي إلى هذا القسم الأخير أن هذا المدخل

قد طال فيه القسمان الأولان، وأن هذه القواعد مشروحة شرحاً كافياً في معظم الشروح المتداولة للمجلة ، وإن كان أسلوبها غير الاسلوب التعليمي الذي التزمنا السير عليه[1] .

لذلك صرفت النظر عن التوسع في شرح هذه القواعد ، ورأيت أن أجتزىء الآن بعرض نصوصها مصنفة ومرتبة ترتيباً جديداً ، مع توضيح لبعضها بتفسير يسير ، وذكر بعض أمثلة من فروع كل قاعدة تشير إلى تطبيقها الفقهي .

وقد ميزت في هذا التصنيف القواعد الاساسية من القواعد الاخرى المتفرعة عنها، فجاءت القواعد الاساسية **اربعين**، والمتفرعات **تسعا وخمسين** .

وقد رتبت القواعد الاساسية الاربعين بحسب موضوعاتها . وجعلت القواعد المتعلقة بالولاية وحقوق الادارة العامة ، ثم المتعلقة بالاثبات ، آخر الكل .

---

(١) - واوسع واجل شرح لقواعد المجلة هذه فيما رأيت هو شرح والدي الشيخ احمد بن الشيخ محمد الزرقاء رحمهما الله تعالى فقد شرح هذه القواعد بمناسبة تدريسه اياها لنا في المدرسة الثانوية الشرعية بحلب ، ثم استمر يوسع شرحها ويضيف اليه كل ما يجد له صلة باحدى هذه القواعد من فروع الاحكام والقيود والمستثنيات في مطالعاته الفقهية المستمرة وتدريساته خلال عشرين عاماً ، فكان احفل الشروح بالفوائد والشواهد، وأجمعها للشوارد، بحيث يأخذ دارسه بأطراف الفقه . وقد اعجلته المنية عن طبعه فبقي مخطوطاً عندي ، وارجو ان يتاح لي طبعه .

وقد جعلت عدد القواعد المتسلسل الى الاخير عائداً للاربعين الاساسية ، وكتبت مرتبتها العددية باللفظ لا بالرقم ، وبالحرف الرقعي تمييزاً لها .

أما القواعد المتفرعة منها فقد وزعتها تحت تلك القواعد الاساسية، فجعلت تحت كل منها ما يتفرع عنها من القواعد بحرف أصغر ،ورمزت الى تعداد تلك القواعد المتفرعة بسلسلة الحروف الابجدية .

وقد التزمت أن أشير بعد ذكر كل قاعدة الى رقم مادتها في المجلة نظراً لاختلاف الترتيب ، كي يسهل الرجوع اليها في المجلة وشروحها.

هذا ، وتسهيلاً للمراجعة سوف نسرد في نهاية شرح هذه القواعد نصوصها مجردة مرتبة على ترتيب الحروف الهجائية في أوائل كلماتها الاولى ، ومشاراً بجانب كل منها الى رقم الفقرة التي تقع فيها القاعدة وشرحها من هذا الكتاب ، والى رقم مادتها في المجلة.

● ● ●

الباب الثاني

عرض القواعد التي جاءت بها المجلة

مرتبة ، ومصنفة الى اساسية وفرعية

مع شرح لها موجز جداً ، ونظرة تحليلية لقواعد الاثبات في آخرها

الفصل الأول

عرض القواعد مع التعليق عليها

٧٥٢ ـ **القاعدة الاولى** : « الامور بمقاصدها » (المجلة/٢) .

أي أن أعمال الشخص وتصرفاته من قولية أو فعلية تختلف نتائجها وأحكامها الشرعية التي تترتب عليها باختلاف مقصود الشخص من تلك الاعمال والتصرفات :

ـ فمن قتل غيره بلا مسوغ مشروع اذا كان عامداً فلفعله حكم، واذا كان مخطئاً فله حكم آخر .

ــ ومن قال لآخر : خذ هذه الدراهم ، فان نوى التبرع كان هبة، وإلا كان قرضاً واجب الاعادة .

ــ ومن التقط اللقطة بقصد أخذها لنفسه كان غاصباً، ولو التقطها بنية حفظها وتعريفها وردها لصاحبها متى ظهر كان أميناً ؛ فلا يضمنها اذا هلكت بلا تعد منه عليها او تقصير في حفظها ، وهلم جراً ...

ما يتفرع عنها من القواعد

٥٧٣ « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني » (المجلة/٣)

ــ فبيع الوفاء تجري فيه أحكام عقود عديدة أبرزها أحكام الرهن. لأن هذا هو مقصد العاقدين في بيع الوفاء (ر : ف/٢٧٤) .

ــ والهبة إذا اشترط فيها دفع عوض ، كمن قال لآخر: وهبتك هذا الشيء بكذا او بشرط أن تعطيني كذا ، أخذ العقد أحكام البيع لأنه أصبح في معناه رغم استعمال العاقد لفظ الهبة : فيرد الموهوب بالعيب ، وكذا يسترد الموهوب له العوض المدفوع اذا استحق[1] الموهوب من يده ، وكذا سائر أحكام البيع .

ــ والكفالة اذا اشترط فيها عدم مطالبة الدائن للمدين المكفول انقلبت حوالة وأخذت أحكامها لانها تصبح في معناها، وكذا الحوالة إذا اشترط فيها للدائن الحق في أن يطالب كلاً من المدين المحيل والشخص

---

(١) ــ تقدم معنى الاستحقاق فلينظر (ف ١٩٢/٢ الحاشية) .

المحال عليه معاً انقلبت كفالة (ر: ف ٢٧١ ـ ٢٧٢) .

٥٧٤ ـ **القاعدة الثانية** : (اليقين لا يزول بالشك (م/٤)) .

أي إذا ثبت أمر من الأمور او حالة من الحالات ثبوتاً يقينياً: أي قطعياً ، ثم وقع الشك في وجود ما يزيله ، يبقى الامر المتيقن هو المعتبر الى ان يتحقق السبب المزيل .

هذه القاعدة أصل شرعي عظيم يدعمه العقل، والقرآن، والسنة النبوية :

ـ فمن جهة العقل : اليقين أقوى من الشك ، لان في اليقين حكما قطعياً جازماً ، فلا ينهدم بالشك .

ـ ومن جهة القرآن ورد قوله تعالى: « وما يتبع أكثرهم الا ظناً ان الظن لا يغني من الحق شيئاً » (سورة يونس ١٠/٣٦) .

والحق هنا بمعنى الحقيقة الواقعة كاليقين .

ـ ومن جهة السنة، ورد في الاحاديث النبوية الصحيحة أن المتوضىء اذا شك في انتقاض وضوئه فهو على وضوئه السابق المتيقن، وتصح به صلاته حتى يتحقق وجود ما ينقضه ، ولا عبرة لذلك الشك.

واستناداً الى هذا الحكم الشرعي وأمثاله بنيت هذه القاعدة الحاكمة في جميع الامور ، من عبادات ومعاملات وعقوبات وأقضية في سائر الحقوق والالتزامات :

ـ فاذا ثبت دين على شخص، ثم مات وشككنا في وفاته فالدين باق.

ـ واذا ثبت ابراء الدائن مدينه، ووقع الشك في رد المدين للابراء،

فالابراء نافذ والدين ساقط .

ــ واذا ثبت عقد بين اثنين ووقع الشك في فسخه فالعقد قائم .

ــ واذا هلكت الوديعة عند الوديع، وشككنا في أنها هلكت بتعديه عليها او بتقصيره في حفظها (فيضمنها)، أو انها هلكت قضاء وقدراً (فلا يضمنها) فانه يعتبر غير ضامن، لان صفة الامانة هي المتقينة عند العقد فلا تزول بالشك في حصول التعدي أو التقصير. وهكذا يقال في كل مشابه.

ما يتفرع عنها من القواعد

٥٧٥ - (أ) ـ « الاصل بقاء ما كان على ما كان » (م/٥)

هذا الاصل يسمى : **الاستصحاب** ، وهو اعتبار الحالة الثابتة في وقت ما **مستمرة** في سائر الاوقات حتى يثبت انقطاعها او تبدلها :

فلو ادعى المقترض دفع الدين الى المقرض ، أو ادعى المشتري دفع الثمن الى البائع ، او ادعى المستأجر دفع الاجرة الى المؤجر، وأنكر المقرض او البائع او المؤجر، كان القول لهؤلاء المنكرين مع اليمين: أي أن هذه الديون تعتبر باقية في ذمم الملتزمين بها ما لم يثبتوا الدفع، لانها كانت مستحقة عليهم بيقين، فالاصل بقاؤها في ذممهم حتى يثبت سقوطها وإنما لهم تحليف الدائنين اليمين على عدم القبض ، فاذا حلفوا قضي لهم.

٥٧٦ - (ب) - «ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه» (م/١٠)

هذه القاعدة في معنى سابقتها، وجميع أمثلتها في الاحكام العملية واحدة

٥٧٧ - (ج) « الاصل في الامور العارضة العدم م/٩ »

المراد بالامور العارضة: ما كان عدمه هو الحالة الاصلية أو الغالبة: فيكون العدم هو المتيقن لأنه الحالة الطبيعية ، ويكون تغيره الى الوجود عارضاً مشكوكاً فيه .

ـ فلو ادعى شخص على آخر أنه عقد معه عقداً او أتلف له مالا أو ارتكب جريمة، وأنكر الآخر، فالقول لهذا حتى يثبت المدعي هذه الافعال لأنها امور عارضة، وان الحالة الاصلية المتيقنة قبلا هي عدمها.

ـ وهكذا لو تبايع اثنان فادعى أحدهما بعد ذلك انه اشترط في العقد لنفسه الخيار، ويريد الفسخ والرد، وانكر الآخر هذا الاشتراط فالقول للمنكر بيمينه حتى يثبت الخيار من يدعيه. ذلك لأن الاشتراط أمر عارض ، فالحالة الطبيعية الاصلية في العقد هي خلوه عن الشروط الزائدة فيكون عدمها هو المتيقن، ووجودها مشكوك فيه يحتاج الى اثبات

ـ وكذلك لو اختلف المتبايعان في صحة الدابة المبيعة أو مرضها فالقول للبائع في زعم الصحة، لأن المرض هو العارض ، وان السلامة هي الحالة الطبيعية الأصلية .

ـ وكذا لو زعم ورثة عاقد أن مورثهم كان حين التعاقد مجنوناً فعقده باطل، وأنكر الخصم، اعتبر العاقد عاقلا حتى يثبت جنونه، لأن الجنون آفة عارضة، والاصل سلامة العقل فكان الظاهر شاهداً لمدعيها[1]

---

(١) ـ المبدأ المقرر في المذهب الحنفي انه عند الاختلاف في صحة العقد وبطلانه فالقول مبدئياً لمدعي البطلان وعلى مدعي الصحة الاثبات ، لان الباطل معدوم والاصل العدم. =

ملاحظة :

نص هذه القاعدة في المجلة : الاصل في الصفات العارضة العدم» .
والفقهاء كثيرا مايعبرون في تعليلاتهم بلفظ « الامور » بدلا من « الصفات » ، وهذا هو المراد بالقاعدة ،فان القاعدة لايقتصر شمولها على الصفات كالجنون والمرض مثلا ، بل تشمل الامور المستقلة،مثل العقود والاتلافات ، كما يتضح من الامثلة السالفة .

فلذا اخترنا التعبير في القاعدة بلفظ « الامور العارضة » .

٥٧٨ -(د) - « الاصل براءة الذمة » (م/٨)

لان المرء يولد خاليا من كل دين أو التزام او مسؤولية. وكل شغل لذمته بشيء من الحقوق إنما يطرأ باسباب عارضة بعد الولادة، والاصل في الامور العارضة العدم ، كما رأينا في المادة السالفة .

فمن ادعى على غيره التزاماً بدين او بعمل ما ، مهما كان سببه ، من عقد أو اتلاف أو أي سبب آخر من أسباب الضمان ، فعليه هو الاثبات اذا أنكر الخصم ، لان هذا الخصم يتمسك بحالة اصلية هي براء الذمة ، فيكون ظاهر الحال شاهدا له مالم يثبت خلافه .

٥٧٩ (ه) - « الاصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته (م/١١)

كثيرا ماتختلف احكام الحوادث ونتائجها باختلاف تاريخ

= لكن يظهر انهذا مقيد بما اذا لم يكن ظاهر الحال شاهداً لمدعي الصحة دون البطلان كما هنا (ر : « القول الحسن » بحث الاختلاف في الصحة والتلجئة من باب البيع ص/١٠٢ الطبعة الحجرية سنة ١٢٧٦) .

حدوثها . فعند التنازع في تاريخ الحادث يحمل على الوقت الاقرب الى الحال حتى يثبت الابعد . لان الوقت الاقرب قد اتفق الطرفان على وجود الحادث فيه ، وانفرد احدهما بزعم وجوده قبل ذلك .

فوجود الحادث في الوقت الاقرب متيقن ، وفي الابعد مشكوك (من شرح والدي رحمه الله على القواعد) .

وعلى هذا فروع كثيرة :

ـ منها لو تبين في المبيع عيب بعد القبض ، فزعم البائع حدوثه عند المشتري ، وزعم المشتري وجوده عند البائع ، فانه يعتبر حادثاً عند المشتري، فليس له فسخ البيع حتى يثبت انه قديم عند البائع الا ان يكون العيب مما لا يحدث مثله بل هو من أصل الخلقة ، كالخيف في الفرس[1] .

ـ وكذا لو اشترى شخص شيئاً على أنه بالخيار مدة معينة ، ثم جاء يرده بعد انقضاء مدة الخيار زاعماً انه قد فسخ البيع قبل انقضائها وزعم البائع أن المدة قد انقضت وهو ساكت فلزم البيع وأنه قد فسخ بعد انقضائها . فالمعتبر في هذا قول البائع ، ولا يحق للمشتري

---

(١) ـ **الخيف** (بفتحتين) ان تكون احدى العينين سوداء والاخرى زرقاء ، والوصف منه : **أخيف** ، وزان « **أبيض وأسود** » .

الرد حتى يثبت أنه قد فسخ في مدة الخيار .

هذا ، وان لهذه القاعدة مستثنيات كثيرة ، لانهـا مقيدة في نظر الفقهاء بأن الحادث انما يضاف الى اقرب اوقاته ما لم تؤد هذه الاضافة الى نقض امر ثابت .

(ر : شرح المجلة للعلامة علي حيدر تحت هذه القاعدة) .

٥٨٠ - (و) - « ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح » (م/١٣)

هذه القاعدة مجالها في الاحكام المتعلقة بالتعبير عن الارادة ، من ايجاب وقبول ، واذن ومنع . ورضى ورفض ، ونحو ذلك .

ان تعبير دلالة الحال عن الارادة انما هو خلف عن الكلام الصريح عند عدمه ، فاذا وجد التصريح بخلاف ماتفيده دلالة الحال لم يبق للدلالة هذه الخلفية والنيابة في التعبير ، لان دلالة التصريح يقينية ، ودلالة الحال والقرائن محل شك .

ولا فرق في التصريح بين القول والكتابة .

ــ وعلى هذا نص الفقهاء ان للبائع حق احتباس المبيع عن المشتري حتى يدفع هذا اليه الثمن (مالم يكن مؤجلا) فاذا قبض المشتري المبيع قبل دفع ثمنه ، والبائع ناظر ساكت ، اعتبر ذلك اذنا منه دلالة ، فيسقط حقه في احتباس المبيع ، وليس له الا مطالبة المشتري بالثمن . لكن اذا صرح البائع للمشتري انه لا يسمح له بأخذ المبيع قبل دفع الثمن ، فأخذه المشتري قبل الدفع والبائع ساكت لا يعتبر عندئذ سكوته اذناً منه ، بل له استرداد المبيع ، واحتباسه عن المشتري حتى يدفع الثمن .

ـــ وكذلك قالوا : اذا فقد صك الوقفية يتبع في مصارف غلة الوقف تعامل المتولين السابقين ، فيعمل به لأن تسلسل عملهم على طريقة واحدة فيه دلالة على أن هذه الطريقة هي التي شرطها الواقف.

ولكن اذا وجد للوقف صك مسجل، والمتولون يعملون بخلافه فلا عبرة لتعاملهم المخالف لصراحة شرط الواقف .

يتضح مما سلف أن المراد بهذه القاعدة حالة تعارض الدلالة مع تصريح قائم في وقت واحد.أما لو وجدت الدلالة وحدها وأخذت حكمها ، ثم وجد تصريح متأخر بخلاف مدلولها ، فلا عبرة عندئذ لهذا التصريح ، ولا يرفع الحكم الذي تقرر بتلك الدلالة ، كتصريح البائع للمشتري بعدم موافقته على قبض المبيع قبل نقد الثمن ، بعد ما أخذه المشتري والبائع شاهد ساكت ، فتصريحه عندئذ لاعبرة له.

وقد تقدم الاستشهاد بهذه القاعدة في بعض المناسبات فلتنظر (ف/٥٠٦) .

٥٨١ - (ز) « لا ينسب الى ساكت قول ؛ ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان بيان »(م / ٥٧) .

لأن عدم القول هو المتيقن ، ودلالة السكوت مشكوك فيها ما لم تدعمها قرائن مرجحة :

ـــ فلو رأى الشخص بعض ماله في يد غيره يبيعه وظل ساكتاً ؛ كان له أن يدعي به بعد ذلك ، ولا يعتبر سكوته عند البيع اعترافاً

بالملكية للبائع ، ولا اجازة للبيع[1] .

ــ وكذلك لو سكتت زوجة العنين سنين لا يكون سكوتها رضى مسقطاً حقها في التفريق القضائي بينها وبين زوجها .

والمراد بمعرض الحاجة الذي يكون فيه السكوت في حكم البيان والتعبير : كل مواطن يلزم فيه التكلم لدفع ضرر . أو غرر ،أو يكون فيه السكوت طريقة عرفية التعبير . وعلى هذا :

أ) ــ لو سأل القاضي المدعى عليه عما يقول في دعوى المدعى ، فاعتصم بالسكوت ، يعتبر منكراً للدعوى فيكلف المدعي الاثبات.

وإذا عجز عن الاثبات وطلب التحليف ، فعرضت اليمين على المدعى عليه ، فسكت أيضاً دون أن يحلف أو ينكل ،يعتبر نا كلا عن اليمين ويقضى عليه ، لأن توقف سير المحكمة على كلامه يضر المدعي .

ب) ــ وكذا لو علم الشفيع[2] ببيع العقار الذي له فيه حق

---

(١) ــ هذا ما لم يكن البائع زوجاً او قريباً محرماً من الشخص المدعي . فان كان البائع زوجاً او قريباً يعتبر سكوت زوجه أو قريبه عند البيع اعترافاً منه بأنه لا حق له في المبيع . وهذا استحسان منعاً للتلاعب والتغرير بواسطة الاقارب ، ولان الخلطة بينهما قرينة تجعل من سكوته اعترافاً بنفاذ البيع . والقياس عدم الفرق بين القريب والغريب .

(من شرح والدي رحمه الله على القواعد) .

(٢) ــ تقدم ايضاح معنى الشفعة والشفيع فلينظر (ف/١٠٥ الحاشية) .

الشفعة ، فسكت عن طلبها ، يعتبر سكوته تسليماً مسقطاً لشفعته ، كي لا يعمد الشفيع الى تغرير المشتري بهذا السكوت حتى يبني أو يغرس ، ثم يطلب الشفيع أخذ العقار .

ج) ــ ولو سكتت الفتاة البكر عند استئذان وليها لها بالتزويج ، أو زوجها الولي دون استئذانها ثم بلغها العقد فسكتت، اعتبر سكوتها اذنا في الحالة الاولى ، أو اجازة في الثانية ، لدلالة الحال، كما تقدم بيانه في مناسبات عدة (ر : ف/١١ و ٥٠٠) .

٥٨٢ – (ح) – « لا عبرة للتوهم » (م/٧٤) .

المرادبالتوهم:الاحتمال العقلي البعيدالنادر الحصول . فهذا لا يبنى عليه حكم ، ولا يمنع القضاء ، ولا يؤخر الحقوق .

ــ فلو شهد الشهود بانحصار ارث المتوفىبوارثأو بورثة معينين وقالوا : **لانعلم له وارثاً غيرهم** و يقضى لهم بالإرث،ولاعبرة لاحتمال ظهور وارث آخر ،لأن ذلك موهوم ، فلا يعوق القضاء .

ــ وكذلك لو أثبت الدائنون ديونهم على مفلس أو على تركته ، وقال الشهود : لا نعلم له غريماً آخر ، يعطى المال للحاضرين .

ــ وكذا أمر الشهود الثقات ، يعتمد على شهادتهم ويقضى بها ، ولا عبرة لاحتمال خطئهم أو كذبهم .

٥٨٣ – (ط) - « لا حجةمع الاحتمال الناشىء عن دليل » (م/٧٣).

أصل هذه القاعدة ما في « تأسيس النظر » للدبوسي (ص/١٩) :

« ان التهمة اذا تمكنت من فعل الفاعل حكم بفساد فعله » .

ومعنى تمكن التهمة أن لها مؤيداً من ظاهر الحال وليست مجرد توهم.

ـ وعلى هذا لا تقبل شهادة الزوجين وشهادة الاصول والفروع بعضهم لبعض ، ولا شهادة الاجير الخاص لمستأجره ، لتمكن التهمة الناشئة عن علاقة تدفع الى تحزب مريب يجب أن تتجرد الشهادة عنه.

ـ ولو أقر شخص في مرض موته لبعض ورثته بدين لا ينفذ إقراره الا بتصديق باقي الورثة ، لان احتمال اتخاذ هذا الاقرار مطية لترجيح المقر له على غيره في الإرث هو احتمال قوي تدل عليه حالة مرض الموت.

ـ ومثل ذلك ما لو أقر في مرض موته بدين يزاحم بقية الديون الناشئة في حال الصحة، وتركته ضيقة، فان ديون الصحة تكون ممتازة: أي إنها تستوفى قبل الديون التي ليس لها بينة سوى الإقرار في مرض الموت.

فلو كان الاحتمال لا دليل عليه لا عبرة له، كما لو كان الإقرار في حال الصحة ، فانه تصرف طبيعي ؛ فينفذ ولا تقدح فيه هذه الاحتمالات، لانها عندئذ مجرد توهم .

٥٨٤ – (ي) – « **لا عبرة بالظن البين خطؤه** » (م/٧٢) .

الظن: هو اعتقاد الاحتمال الراجح الذي ظهر رجحانه على نقيضه بدليل معتبر . فاذا ازداد قوة حتي أصبح خلافه موهوماً : **فهو غالب الظن**.

ـ **الشك** : تساوي الاحتمالات دون رجحان لاحدها .

ومعنى القاعدة أنه اذا بني حكم أو استحقاق على ظن ثم تبين خطؤه بطل.

ـــ فلو دفع المدين الدين ، ثم دفعه عنه وكيله أو كفيله جاهلاً أداء الاصيل ، وكذا العكس ، يسترد الدافع الثاني ما دفع .

ـــ وكذا كل من دفع شيئاً **على ظن وجوبه** أو صالح عن حق مدعى به عليه ، ولو لم يكن أقر به ؛ ثم تبين عدم الحق فله استرداد مادفع .

أما اذا لم يكن الدفع على ظن الوجوب ، بل بقصد التبرع ، فانه يجري عليه حكم الهبة ، ويكون عندئذ من فروع القاعدة الاولى «الأمور بمقاصدها ».

٥٨٥ - (ك) - « المتنع عادة كالمتنع حقيقة » (م/٣٨)

الممتنع حقيقة هو الذي لايمكن وقوعه . فهذا لايقبل الادعاء به ، بل يرفض ، كمن ادعى على مساويه سناً أنه ابنه او أبوه .

والممتنع عادة هو الذي لا يعهد وقوعه وإن كان فيه احتمال عقلي بعيد .

فلو ادعى شخص معروف بالفقر على آخر أموالاً جسيمة لا يعرف أنه أصاب مثلها بارث او غيره لاتسمع دعواه ولا تقبل له بينة ، مالم يثبت مصدراً لهذا المال .

وكذا لو ادعى المتولي او الوصي أنه أنفق على عقار الوقف او القاصر مبالغ غير محتملة فانه لايصدق ولا تقبل بينته .

٥٨٦ ـــ القاعدة الثالثة : « لاضرر ولا ضِرار » (م/١٩) .

الضرر: إلحاق مفسدة بالغير. **والضرار**: مقابلة الضرر بالضرر .

هذه القاعدة بلفظها نص حديث نبوي في رتبة الحسن، رواه مالك

في الموطأ ، وأخرجه ابن ماجه والدارقطني في سننيهما .

وهذه القاعدة من أركان الشريعة ، وتشهد لها نصوص كثيرة في الكتاب والسنة ، وهي أساس لمنع الفعل الضار ، وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة ، كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد . وهي عدة الفقهاء وعمدتهم وميزانهم في طريق تقرير الاحكام الشرعية للحوادث .

أ) ــ ونصها ينفي الضرر نفياً ، فيوجب منعه مطلقاً ، ويشمل الضرر الخاص والعام . ويشمل ذلك دفعه قبل الوقوع بطرق الوقاية الممكنة ، ورفعه بعد الوقوع بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره. وتدل أيضاً على وجوب اختيار أهون الشرين لدفع أعظمهما ، لأن في ذلك تخفيفاً للضرر عندما لا يمكن منعه بتاتا .

ومن ثم كان إنزال العقوبات المشروعة بالمجرمين لا ينافي هذه القاعدة ، وإن ترتب عليها ضرر بهم ، لان فيها عدلاً ودفعاً لضرر أعم وأعظم .

ب) ــ والمقصود بمنع **الضرار** : نفي فكرة الثأر المحض الذي يزيد في الضرر ولا يفيد سوى توسيع دائرته ، لأن الاضرار ــ ولو على سبيل المقابلة ــ لا يجوز أن يكون هدفاً مقصوداً وطريقاً عامة ، وانما يلجأ اليه اضطراراً عندما لا يكون غيره من طرق التلافي والقمع أفضل منه وأنفع.

فمن أتلف مال غيره مثلاً لا يجوز أن يقابل باتلاف ماله ، لان

ذلك توسيع للضرر بلا منفعة . وأفضل منه تضمين المتلف قيمة ما أتلف ، فإن فيه نفعاً بتعويض المضرور وتحويل الضرر نفسه الى حساب المعتدي ، فإنه سيان بالنسبة اليه اتلاف ماله واعطاؤه للمضرور لترميم الضرر الاول . فأصبحت مقابلة الإتلاف بالإتلاف مجرد حماقة.

وذلك بخلاف الجناية على النفس والبدن مما شرع فيه القصاص . فمن قتل يقتل، ومن قطع يقطع، لأن هذه الجنايات لا يقمعها إلا عقوبة من جنسها ،كي يعلم الجاني أنه في النهاية كمن يعتدي على نفسه، ومهما تكن العقوبة الاخرى فإنها لا تعيد للمجني عليه ما فقد من نفس او عضو ، فتظل حزازات النفوس كامنة تندفع الى الثأر وتجر وراءها ذيول الويلات والفساد . فيبقى طريق القصاص في الجنايات على النفوس والاعضاء أنفع ، لأنه أعدل وأقمع .

أما إتلاف المال ، فان التضمين فيه هو التدبير السديد المفيد دون مقابلة الاتلاف بالاتلاف .

وعلى هذه القاعدة بنى الفقهاء أحكاماً لا تحصى من شتى الأبواب، فقرروا أنه :

١) ـ لو انتهت مدة اجارة الارض الزراعية قبل أن يستحصد الزرع تبقى في يد المستأجر بأجر المثل حتى يستحصد ، منعاً لضرر المستأجر بقلع الزرع قبل أوانه .

٢) ـ ولو باع شيئاً مما يسرع اليه الفساد كالفواكه مثلاً ،وغاب

المشتري قبل نقد الثمن وقبض المبيع ، وخيف فساده ،فللبائع أن يفسخ البيع ويبيع من غيره،دفعاً لضرره(رد المحتار من متفرقات البيوع).

٣) ـ ولو اشترى شيئاً وآجره ، ثم اطلع على عيب قديم فيه ، يعتبر هذا عذراً له يسوغ له فسخ الإجارة ليتمكن من رده على بائعه إزالة للضرر عن نفسه،والإجارة تفسخ بالاعذار كما تقدم(ف/٢٠١)

٤)ـ وجميع صور الاضطرار إلى دفع الدين عن الغير بلا إذنه، حيث لايعتبر الدافع متبرعاً ، بل يحق له الرجوع على المدين بما دفعه عن ذمته منعاً للضرر عن نفسه كما تقدم ، هي من فروع هذه القاعدة.

٥) ـ ويجوز حبس المشهورين بالدعارة والفساد حتى تظهر توبتهم، ولو لم يثبت عليهم جرم معين بطريق قضائي ، دفعاً لشرهم، لأنهم قد يحتاطون ويتحفظون ، فقد يملأون الدنيا فساداً وأضراراً ولا يمكن اثبات شيء عليهم بطريق قضائي . (ر:«معين الحكام» القسم الثالث في القضاء بالسياسة الشرعية ص/٢١٥ و ٢١٨) .

٦)ـ وأوجب الفقهاء احترام الحقوق القديمة من منافع ومرافق وتصرفات،ولو لم يكن في أيدي أصحابها وثائق مثبتة ،لأن في ازالتها اضراراً بهم ، مالم يثبت احداثها بطريق غير مشروع او يكن فيها ضرر بحقوق العامة ، كما سيأتي .

الى غير ذلك من الفصول والاحكام الفقهية الكثيرة .

ما يتفرع عنها من القواعد

٥٨٧ - (أ) «الضرر يدفع بقدر الامكان» (م/٣١)

هذه القاعدة تعبر عن وجوب دفع الضرر قبل وقوعه ، بكل الوسائل الكافية الكافلة ، وفقاً لقاعدة المصالح المرسلة والسياسة الشرعية ، لان الوقاية خير من العلاج، وذلك بقدر الامكان ، لان التكليف الشرعي على حسب الاستطاعة .

— ففي ميدان المصالح العامة :

شرع الجهاد لدفع شر الاعداء ، ووجبت العقوبات لقمع الإجرام وصيانة الامن الداخلي ،ووجب سد ذرائع الفساد وأبوابه من جميع أنواعه ، إلى غير ذلك من التدابير اللازمة لدفع الشر والحيلولة دونه .

وفي ميدان الحقوق الخاصة :

— شرع حق الشفعة لمقاصد ، منها دفع ضرر سوء الجوار .

— وشرع الحجر على السفيه لدفع ضرر سوء تصرفاته عن نفسه وأسرته .

— وشرع الحجز على المدين المفلس منعاً لضرر الدائنين من تصرفاته .

— وحق للقاضي منع المدين من السفر بناء على طلب الدائن حتى يوكل وكيلاً عنه بالخصومة ، ولم يصح منه عزل هذا الوكيل ما دام هو مسافراً منعاً لضرر الدائن (ر : ف/٢٠٠) .

ــ وشرع الاجبار القضائي على قسمة المال المشترك القابل للقسمة بناء على طلب أحد الشركاء دفعاً لضرر شركة الملك (ر: ف/١١٦).

ــ وقرروا إجبار الشريك على المساهمة في نفقات تعمير العقار المشترك أو ترميمه اذا توهن وكان غير قابل للقسمة. واذا لم يفعل فلشريكه الآخر أن يعمره ويحبسه عنه بقوة القضاء أو يستغله كله حتى يستوفي حقه.

ــ وقد شرعت بعض الخيارات في العقود لدفع الضرر، كما في خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار التعيين في البيوع، لحاجة بعض المشترين الى التروي والاستشارة قبل البت (ر: ف ١١ ثامنا و ١٩١/٨ و ٣٧٢).

٥٨٨ ــ (ب) « الضرر يزال » (م/٢٠)

هذه القاعدة تعبر عن وجوب رفع الضرر وترميم آثاره **بعد الوقوع**

ــ ففي ميدان **الحقوق العامة**: اذا سلط الانسان ميزابه على الطريق العام بحيث يضر بالمارين فانه يزال، وكذا اذا تعدى على الطريق ببناء او غيره.

ــ **وفي ميدان الحقوق الخاصة**: يضمن المتلف عوض ما أتلف، للضرر الذي أحدثه.

ــ واذا طالت أغصان شجرة لشخص وتدلت على دار جاره فأضرته يكلف رفعها او قطعها.

ــ وقد شرع كثير من الخيارات في العقود لازالة الاضرار الواقعة على أحد المتعاقدين كخيار العيب، وخيار الغبن بالتغرير، وخيار

تفرّق الصفقة (ر:ف ٢/٩٢) .

٥٨٩-(ج) - « الضرر لا يزال بمثله » (م/ ٢٥)

هذه القاعدة تضع قيداً يقيد سابقتها . فان ازالة الضرر لا يجوز أن تكون بإحداث ضرر مثله ، لان هذا ليس ازالة. ويفهم من ذلك أنه لا تجوز ازالته بضرر أعظم منه بحكم الاولوية .

ــ وعلى هذا : لو لم يجد الانسان المحتاج إلى دفع الهلاك عن نفسه جوعاً إلا مال محتاج مثله لا يجوز له أخذه .

ولا تفرض النفقة للفقير على قريبه إذا كان فقيراً مثله .

ــ وكذا لا يجبر الشريك على قسمة المال المشترك غير القابل للقسمة ، لان في قسمته ضرراً أعظم من ضرر الشركة (وفي القانون اليوم يزال هذا الشيوع بالبيع وتوزيع الثمن).

ــ واذا ظهر في المبيع عيب قديم، وحدث فيه عند المشتري عيب جديد ، امتنع رد المبيع بالعيب القديم ، لان البائع عندئذ يتضرر بالعيب الحادث ، بل يزال ضرر المشتري بالزام البائع بالتعويض عن العيب القديم ما لم يرض برد المبيع مع عيبه الحادث.

٥٩٠ - (د) - «الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف» (م/٢٧)

هذه القاعدة تصريح بمفهوم المخالفة المستفاد من سابقتها :

ــ فتفرض النفقة للفقراء على الاغنياء من الاقارب ، لأن ضرر الاغنياء بفرضها أخف من ضرر الفقراء بعدمه .

ـ ولو بنى مشتري الارض فيها او غرس ، ثم ظهر لها مستحق، فاذا كانت قيمة البناء اكثر حق للمشتري أن يتملك الأرض بقيمتها جبراً على صاحبها المستحق ، والعكس بالعكس .

ـ وكذا لو ابتلعت دجاجة شخصٍ لؤلؤة ثمينة لغيره فلصاحب اللؤلؤة أن يتملك الدجاجة بقيمتها كي يذبحها ويستخرج لؤلؤته.

٥٩١ - (هـ) - « يختار أهون الشرين » (م/١٩)

٥٩٢ - (و) - «اذا تعارض مفسدتان روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفها » (م/٢٨) .

هاتان القاعدتان في معنى القاعدة التي قبلها . ويتفرع عنها :

ـ جواز شق بطن المرأة الميتة لاخراج الجنين اذا كانت ترجى حياته .

وجواز السكوت عن إنكار المنكرات اذا كان يترتب على انكارها ضرر أعظم .

٥٩٣- (ز) - « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام »(م/٢٦)

ـ فيحجر على الطبيب الجاهل، والمفتي الماجن، والمكاري المفلس[1] ؛ وان تضرروا بذلك، دفعاً لضررهم عن الجماعة في أرواحها ودينها وأموالها.

ـ ويبيع القاضي على المحتكرين أموالهم المحتكرة ،وإن أضرهم

(١) المكاري (بضم الميم) هو الذي يتعاقد مع راغبي السفر لنقلهم او نقل امتعتهم على دوابه .وهو في الماضي كمركز السفريات والنقل في عصرنا اليوم.

ذلك دفعاً لضرر الاحتكار عن العامة .

ـ ويجوز التسعير :أي تحديد الاسعار على الباعة ، عند تجاوزهم وغلوهم فيها .

ـ وكذلك يجوز ، بل يجب ، هدم الدور الملاصقة للحريق ، منعاً لتجاوزه اذا خيف سريانه .

٥٩٤ – (ج) – « درء المفاسد أولى من جلب المنافع » (م/٣٠)

لان للمفاسد سرياناً وتوسعاً كالوباء والحريق . فمن الحكمة والحزم القضاء عليها في مهدها ، ولو ترتب على ذلك حرمان من منافع او تأخير لها . ومن ثم كان حرص الشارع على منع المنهيات أقوى من حرصه على تحقيق المأمورات .

وقد روي عن النبي عليه السلام انه قال : **مانهيتكم عنه فاجتنبوه ، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم** »(رواه الامام النووي في الاربعين).

ـ وعلى هذا يجب شرعاً منع التجارة بالمحرمات من خمر ومخدرات ولو أن فيها أرباحاً ومنافع اقتصادية .

ويمنع مالك الدار من فتح نافذة تطل على مقر نساء جاره ولو كان له فيها منفعة .

ـ وكذا يمنع كل جار من أن يتصرف في ملكه تصرفاً يضر بجيرانه، كاتخاذ معصرة او فرن يؤذيان الجيران بالرائحة او الدخان[1] .

---

(١) ـ وهذا غاية ما وصل إليه التفكير القانوني الحديث في نظرية منع « التعسف في استعمال الحق » (ر : ف/٤٩٧/ الحاشية) .

ـ ويحجر على الطبيب الجاهل ونحوه .

ـ ويمنع الاحتكار والتعدي في الاسعار كما تقدم في القاعدة السابقة.

٥٩٥ - (ط) - اذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع » (م/٤٦)

أي إذا كان للشيء او العمل محاذير تستلزم منعه ، ودواع تقتضي تسويغه ، يرجح منعه ، لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح كما سلف بيانه في المادة السابقة .

وعلى هذا الاساس :

١) ـ يمنع الشريك من التصرف في المال المشترك بصورة تضر شريكه ، لأن حق شريكه مانع وان كان حق نفسه مقتضياً .

وكذا أحد صاحبي السفل او العلو في الأبنية ذات الطوابق .

٢) ـ واذا أقر الشخص في مرض موته لاحد ورثته ولأجنبي بدين او عين مشتركا لم ينفذ في حق الاجنبي أيضاً، لوجود مانع النفاذ في حق الوارث [1] .

٣) ـ ولو زعم الشخص أنه وكيل المالك المودع بقبض العين الوديعة ، ولا بينة له على الوكالة ، فأقر الوديع له بالوكالة، لا يلزم بدفع الوديعة اليه، وإن كان اقراره يقتضي الزامه بالتسليم ، لان حق المالك

---

(١) ـ ر : (ف/٥٨٣) . وهذا مبني على الرأي المشهور في الاجتهاد الحنفي من عدم تجزؤ الاقرار . ولو قيل بالنفاذ في صحة الاجنبي بناء على نظرية امكان تجزؤ الاقرار لكان وجيهاً ايضاً .

المودع في العين يقتضي عدم تسليمها لاحتمال انكاره التوكيل ، كما تقدم (ر:ف/١٦ثانياً) .

٤) ـــ وقالوا في تزكية الشاهد[1] : اذا وثقه بعض المزكين وجرحه بعض (أي طعن في صدقه وعدالته) ، يرجح جانب الجرح، فيرد القاضي شهادته .

ملاحظة :

ان هذه القاعدة مقيدة بما اذا لم يكن المقتضي اعظم من المانع فان كان أعظم منه يرجح المقتضي ، اذ قلما يخلو أمر من محذور يكون عدمه أحسن لو أمكن .

وإنما العبرة في الامر والنهي التشريعي لغلبة احد الضدين : النفع أو الضرر ، والخير او الشر ، على الآخر (ر : ف ٢/٢٦) .

ولذا جاز للوسيط بين المتخاصمين أن يكذب للاصلاح بينهما .

وعلى هذا الاساس ايضاً بني في الشرع حكم الاضطرار ، ووضعت فيه قاعدة ان « **الضرورات تبيح المحظورات** » كما سيأتي (ف/٦٠٠) .

---

(١) اشترطت نصوص الشريعة من الكتاب والسنة لقبول الشهادة أن يكون الشاهد **عدلا** : أي ثقة . ولما كثر التزوير أوجب الفقهاء أن يسأل القاضي عن الشاهد أهل المعرفة به ، فإذا وثقوه قبل شهادته ، وإلا ردها .

فهذا السؤال والتوثيق يسمى : **تزكية الشاهد** .

٥٩٦ - (ي) - « القديم يترك على قدمه » (م/٦)

القديم في هذا المقام هو : **ما لا يوجد وقت التنازع فيه من ادرك مبدأه**[1]. (ر : القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ص/ ١٥٣) .

والمراد بهذه القاعدة انما كان في أيدي الناس أو تحت تصرفاتهم قديماً من أشياء ومنافع ومرافق مشروعة في اصلها يبقى لهم كما هو ، ويعتبر قدمه دليلا على انه حق قائم بطريق مشروع .

وعلى هـذا الاساس يقرر ابو يوسف في كتاب الخراج انه : « **لا ينزع شيء من يد احد الا بحق ثابت معروف** » كما تقدم (ر: ف/ ٥٦٠)

فلو كان لدار انسان ميزاب على دار غيره ، او كان له مسيل او بالوعة أو ممر في أرض غيره ، أو تحميل لجذوع داره على جدار جاره من القديم ، فأراد ذلك الغير ازالته فليس له ذلك ، بل يحق لصاحبه إبقاؤه ولو لم يعرف بأي وجه وضع ، لان قدمه دليل على مشروعية وضعه ، كما لو كان موضوعاً في الاصل لقاء عوض ، او بطريق القسمة ، ونحو ذلك من الأسباب المشروعة . فمنعه ضرر لصاحبه لا مسوغ له ، اذ لو ساغ ذلك لادى هذا الى اهدار معظم الحقوق بعد تقادم عهدها .

---

(١) **بخلاف العيب القديم** الذي يظهر في المبيع ويجيز للمشتري فسخ البيع ، فإن المراد بقدم العيب هناك أن يكون موجوداً في المبيع وهو في يد البائع قبل تسليمه للمشتري ، ولو أنه قد حدث بين العقد والقبض .

أما اذا أحدث الشخص شيئاً من ذلك في ملك غيره إحداثاً معروفاً مبدؤه ، فانه يكلف اثبات سببه ومسوغه الشرعي ، أو يمنع .

وأما اذا كان الشيء القديم ليس من الامور المشروعة في الاصل فانه ضرر يزال ولا عبرة لقدمه ، وهذا موضوع القاعدة التالية :

٥٩٧ - (ك) « الضرر لا يكون قديماً » (م/٧)

اي لا يحتج بتقادمه ، وليس المراد عدم امكان التقادم فيه .

هذه القاعدة قيد لسابقتها : أي ان المنافع والمرافق التي يحترم قدمها هي التي لا تكون ضرراً ممنوعاً من اصله شرعاً . فاذا كانت كذلك وجبت ازالتها ولا عبرة لقدمها .

ــ فلو كان لدار ميزاب او مجرى أقذار على الطريق مضر بالجماعة يزال مهما تقادم ، لانه غير مشروع في الاصل ، اذ الشرع لا يقر لاحد بوجه من الوجوه حقا يضر بالعامة .

ــ وكذا لو كان لانسان نافذة وطيئة تطل على مقر نساء جاره ، فانها تزال ولو كانت قديمة الا ان تكون دار الجار هي المحدثة تحت المطل [1]

على أننا قد رأينا تحت القاعدة السابقة أن الممر والمسيل والبالوعة

---

(١) يلحظ في هذا المقام ان القوانين العقارية النافذة لدينا منذ عهد الاحتلال الفرنسي قد جاءت باحكام جديدة في النوافذ والمطلات لم تراع فيها هذه الاعتبارات الشرعية .

وامثالها في دار الغير أو أرضه يحترم قدمها ، ولو كان وجودها يقيد حرية تصرفه وذلك ضرر له .

فما هو الضابط في التفريق بين مايحترم قدمه وإن أضر بالغير ، وبين ما لايحترم لانه ضرر غيرمشروع ؟

لقد استنبط والدي الشيخ احمد الزرقا رحمه الله تعالى في شرحه لهاتين القاعدتين ضابطاً تؤيده تعليلات نصوص الفقهاء ، خلاصته :

ان ما يمكن استحقاقه على الغير بأحد الاسباب المشروعة يحترم قدمه ، والا فلا

فالممر والمسيل مرتفق يمكن ان يستحق بالتعاقد او القسمة في الملك المشترك وغير ذلك من الاسباب المشروعة . فيحترم قدمه عند جهل سببه . وضرر الخصم منه في تقييد حريته يستحق عليه امثاله بعقد المعاوضة وغيره ، لان كل حق يكتسبه شخص على آخر هو منفعة لمكتسبه ونوع ضرر خاص للآخر ، ومع ذلك يستحق عليه بعقد المعاوضة وغيره ، ويورث عن مستحقه .

ففي حالة القدم يمكن حمله على أنه في الاصل وضع بأحد الطرق المشروعة .

أما اضرار جماعة الناس ، وازعاجهم في مرافقهم العامة ، فانه لايمكن أن يستحق عليهم شرعاً بوجه من الوجوه .

وكذا الإطلال على مقر نساء الغير ، فانه فسق لا يستحق ، ولا يقره الشرع .

ومثل ذلك ما لو كانت بالوعة الدار القديمة تنجس آبار الجيران ، فان قدمها على هذه الصورة لا يحترم كما نص عليه الفقهاء في هذا المقام (اذ لا يجوز شرعاً تنجيس المياه الطاهرة دون مصلحة، ولا يستحق ذلك على أحد). ولكن صاحبها يكلف ازالة ضررها باصلاح مجراها على شكل يضبطها ويمنع تسربها، فيبقى عندئذ مجرد مرورها من المنافع التي يمكن استحقاقها على الغير بوجه مشروع ، فان لم يكن اصلاحها وضبطها أو لم يفعله صاحبها ، تزال .

٥٩٨ ـ القاعدة الرابعة : « المشقة تجلب التيسير » (م/١٧).

لان في المشقات احراجاً ، والحرج ممنوع عن المكلف بنصوص الشريعة .

هذه القاعدة هي من القواعد الخمس الكبرى التي تقدم انها تعتبر من اسس الشريعة في جميع المذاهب (ر : ف/٥٦٢) .

ومستندها قول الله تعالى في القرآن الكريم : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » (٢/١٨٥) .

وقوله تعالى أيضاً : « وما جعل عليكم في الدين من حرج » (٢٢/٧٨).

وكذلك قول الرسول عليه الصلاة والسلام : « ان الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » (ر : ف / ٤٧ ب).

وأمثال ذلك من نصوص الشريعة التي تبين سماحتها وسجاحتها .

والمراد بالمشقة المنفية بالنصوص، والداعية الى التخفيف والترخيص بمقتضى القاعدة ، انما هي المشقة **المتجاوزة للحدود العادية** .

أما المشقة الطبيعيـــة في **الحدود العادية** التي يستلزمها عادة اداء الواجبات والقيام بالمساعي التي تقتضيها الحياة الصالحة ، فلا مانع منها بل لا يمكن انفكاك التكليفات المشروعة عنها ، لان كل واجب لا يعرى عن مشقة : كمشقة العمل واكتساب المعيشة ، والصلاة والصيام في حال الصحة ، وبذل النفقات الواجبة، والجهاد لدفع غوائل الاعداء .

فلكل من هـذه التكاليف والواجبات نوع مشقة تستلزمها طبيعته وتختلف بحسبه درجتها . وهذا لا ينافي التكليف ، ولا يوجب التخفيف؛ لان التخفيف فيه عندئذ اهمال وتفريط (ر : الموافقات للشاطبي ٢/١١٩ ـ ١٢٣)[١] .

ــ وعلى هذا الاساس جعل المرض والسفر رخصة في **الواجبات الدينية** ، تسقط بعضها كصلاة الجمعة ، وتؤخر بعضها كالصيام .

ــ وكـذلك في **الحقوق المدنية** : فالتقادم (مرور الزمان) المانع من المطالبة بالحق يمتنع او يتوقف بالمعاذير ، كنقص الاهلية والسفر؛ والا كان احراجاً لاصحاب الحقوق .

---

(١) للشاطبي رحمه الله بيان بديع وتفصيل رائع في هذا المقـــام من « الموافقات »: ج٢ص/١١٩ — ١٦٨ / فلينظر .

ــ والخطأ في الافعال والتصرفات يبدل الاحكام العامة المقررة لها في حال العمد ، لان في المؤاخذة على الخطأ كالعمد احراجاً عظيماً للمكلفين :

ــ ففي الجنايات تخفف المؤاخذة على الخطأ الى درجة دنيا تتناسب مع افتراض ترك الاحتياط فقط من قبل المخطىء .

ــ وفي الحقوق المدنية يبطل الغلط العقد تارة ، ويسلب لزومه تارة أخرى، كما تقدم (ر : ف ١٩١/٥) والغلط في العقد نوع من الخطأ .

ــ والنسيان يعفي الشخص من المسؤولية عن ترك الواجبات الدينية ، وان كان لا تأثير له في الحقوق والقضاء .

ــ والاكراه يمنع الزام المستكره بعقده ، واذا كان اكراهاً ملجئاً فان الشرع يقيم به للمستكره عذراً فيما يقدم عليه من محظورات الافعال التي يستكره عليها .

ــ وجهل الوكيل بعزل موكله له تستمر معه وكالته وتنفذ عقوده دفعاً للحرج (ر: ف/٢٠٠).

ــ والاضطرار يبيح المحرمات المضطر إليها مدة وجوده كما سنرى (ر :ف /٦٠٠) :

ــ وقلة عدالة الشهود تسوغ قبول شهادة الامثل فالامثل ، كما تقدم ، (ر : ف/٥٤٨) .

ــ واعتبار عرف الناس في كثير من المواطن مبني على هذه

القاعدة ، مادام لا يصادم أسس الشريعة، لأن في عدم رعاية العرف ، وعدم اعتبار سلطانه، حرجاً عظيماً على الناس كما تقدم (ر/ف ٥١٨) .

يتضح من ذلك أن المشقة ، لكي تجلب التخفيف والتيسير ، لا يجب أن تكون بالغة درجة الاضطرار الملجىء ، بل يكفي أن تكون درجة الحرج والعسر مما تتكون به حاجة ظاهرة الى تدبير يعود بالأمر الى السهولة واليسر ، وعن هذا وضعت القاعدة القائلة « **الحاجة تنزل منزلة الضرورة** » كما سنرى في القواعد المتفرعة .

ما يتفرع عنها من القواعد :

٥٩٩ - (أ) - « الامر اذا ضاق اتسع » (م/١٨)

وكذلك « **اذا اتسع ضاق** » (ر : مرآة المجلة تحت هذه القاعدة)

ـــ أي إذا حصلت ضرورة عارضة للشخص او الجماعة ، او طرأ ظرف استثنائي اصبح معه الحكم الاصلي المشروع للحالات العادية محرجاً للمكلفين ومرهقاً لهم حتى يجعلهم في ضيق من التطبيق ، فإنه يخفف ويوسع عليهم حتى يسهل ، مادامت تلك الضرورة قائمة. فهذا معنى انه : إذا ضاق الأمر اتسع .

ـــ فاذا انفرجت الضرورة وزالت عاد الحكم الى أصله . وهذا معنى أنه اذا اتسع الأمر ضاق .

وهذه القاعدة في معنى سابقتها ، وما قيل في تلك يقال في هذه .

٦٠٠ – (ب) – «الضرورات تبيح المحظورات» (م/٢١)

هذه القاعدة مستفادة من استثناء القرآن حالات الاضطرار الطارئة في ظروف استثنائية بقوله تعالى: «إلا ما اضطررتم» بعد تعداده طائفة من المحرمات.

– فيجوز كشف الطبيب على عورات الاشخاص اذا توقفت عليها مداواتهم.

– ومن خشي الهلاك جوعاً أو عطشاً أو غصصاً في مكانٍ ما، ولم يجد سوى الميتة، أو الخنزير، أو الخمر، أو مال شخص آخر غير مضطر مثله، جاز له، بل وجب عليه، أن يتناول منه لدفع الهلاك.

وعلى ذلك يقاس غيره.

والذي أراه أنه لا يشترط تحقق الهلاك بالامتناع عن المحظور، بل يكفي ان يكون الامتناع مفضياً الى وهن لا يحتمل، او آفة صحية.

والميزان في ذلك ان يكون مايترتب على الامتناع اعظم محذوراً من اتيان المحظور: فصيانة النفس عن الهلاك اعظم وواجب من صيانة مال الغير واحترام حقه، او من اكل الخنزير او الميتة.

على ان من المحظورات مالا يباح بحال، وان كان الاضطرار يخفف إثم بعضها، وهي عند فقهائنا ثلاثة: الكفر، والقتل، والزنى.

– فالتهديد ولو بالقتل لاكراه الشخص على الكفر لا يعذره في الكفر، ولكن يبيح له التظاهر به مع اطمئنان قلبه بالايمان. على ان الصبر على

القتل دون هذا التظاهر أفضل له، لانه أعظم لقوة الاسلام في نظر أعدائه.

ــ والتهديد ولو بالقتل لاكراه الشخص على قتل غيره لايبيح له قتله وان كان لو فعل لا قصاص عليه ، بل على من اكرهه كما تقدم(ر:ف ٨٥:/٢ الحاشية) .

ــ واكراه الرجل ولو بالقتل على الزنى لايبيح له الاقدام شرعاً، وان كان يسقط عنه عقوبة الحد ، لان للزنى مفاسد ذات ذيول في الاسرة والمجتمع أعظم من موت شخص . (الدر المختار في الاكراه ٥/٨٥) .

٦٠١ - (ج) - « الضرورات تقدر بقدرها » (م/٢٢)

هذه القاعدة قيد لسابقتها. فلا يباح بالضرورة محظور أعظم محذوراً من الصبر عليها، كما أن الاضطرار انما يبيح من المحظورات بمقدار مايدفع الخطر ، ولا يجوز الاسترسال ، ومتى زال الخطر عاد الحظر .

ــ فاذا احتيج لمداواة العورة يكشف الطبيب بمقدار مايحتاج إلى كشفه فقط .

ــ وبالنسبة الى المرأة لايجوز أن يطلع على عورتها للتطبيب أو التوليد رجل إذا وجدت امرأة تحسن ذلك ، لان اطلاع الجنس على جنسه أخف محظوراً .

٦٠٢ - (د) - « الاضطرار لايبطل حق الغير » (م/٣٣)

وانما يعد الاضطرار معذرة تسقط الاثم وتعفي من عقوبة التجاوز

على حق الغير ، ولا ضرورة لابطال الحق :

ــ فمن اضطر لدفع الهلاك عن نفسه أن يأكل طعام غيره ، فان عليه ضمان قيمته .

ــ أما من أكره بملجىء على اتلاف مال الغير فان ضمان قيمة المال على من باشر الاكراه ، لانه أولى من الفاعل بتحمل التبعة .

٦٠٣ ــ (ه) « الحاجــة تنزل منزل الضرورة ، عامة كانت او خاصة » (م/٣٢)).

الضرورة : أشد درجة ودافعاً من **الحاجة** فالضرورة: مايترتب على عصيانها خطر ، كما في الاكراه الملجىء ، وخشية الهلاك جوعاً .

أما الحاجة : فهي مايترتب على عدم الاستجابة اليها عسر وصعوبة.

والمراد بكونها **عامة** : أن يكون الاحتياج شاملاً جميع الامة ،

والمراد بكونها **خاصة** أن يكون الاحتياج لطائفة منهم كأهل بلد أو حرفة ، نظير ماتقدم في معنى العرف العام والخاص. وليس المراد بخصوصها أن تكون فردية .

ومعنى القاعدة : ان التسهيلات التشريعية الاستثنائية لا تقتصر على حالات الضرورات الملجئة ، بل حاجات الجماعة مما دون الضرورة توجب التسهيلات الاستثنائية أيضاً ، كما يتضح من التفاريع التالية :

١) ــ فعلى هذا الاساس شرعت بنصوص الشريعة الاصلية أحكام من قبيل الاستثناء من قواعدها العامة للاحتياج اليها ، فقد ورد مثلاً

في السنة أن النبي عليه السلام « نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ، ورخص في السلم » (ر : ف/٥١٨) .

فترخيص الشريعة في السلم ، مع أنه بيع المعدوم الذي منعه النص العام، انما هو نظر لحاجة كثير من الناس الى بيع منتوجاتهم واستلاف اثمانها قبل انتاجها للاستعانة على الانتاج .

٢) ـ وعلى هذا الاساس ايضاً جوز الفقهاء في الاحكام الاجتهادية بيع الثمار التي تتلاحق في الظهور متى بدا بعضها وأمن العاهة ، وان كان معظمها معدوماً لم يبد بعد ، نظراً للحاجة .

٣) ـ وجوز ايضاً نزول الحمام بأجر مع جهالة المدة التي سيمكثها الشخص ، وجهالة مقدار الماء الذي سيستهلكه ، نظراً للحاجة أيضاً .

٤) ـ وجوز بيع الوفاء استثناء من القواعد للحاجة أيضاً (ر : ف/٢٧٤) .

٥) ـ وجميع الاحكام التي قرر الفقهاء تبدلها لتغيير الزمان او فساده إنما تقرر أحكامها الجديدة وتتبدل تبعاً للحاجة .

٦) ـ واعتبار العرف عاماً كان أو خاصاً ، وتحكيمه في الاحكام، إنما هو استجابة لداعي الحاجة ، كما تقدم بيانه في نظرية العرف .

يتضح من ذلك ومن بقية الامثلة التي يوردها الفقهاء عن الضرورة والحاجة أنهما يفترقان في الحكم من ناحيتين :

أ) ـ ان الضرورة تبيح المحظور سواء أكان الاضطرار حاصلاً

للفرد أم للجماعة بخلاف الحاجة ، فانها لا توجب التدابير الاستثنائية من الاحكام العامة إلا إذا كانت حاجة الجماعة. وذلك لان لكل فرد حاجات متجددة ومختلفة عن غيره ، ولا يمكن لكل فرد تشريع خاص به بخلاف الضرورة فانها نادرة وقاسرة .

ب ـ ان الحكم الاستثنائي الذي يتوقف على الضرورة هو اباحة مؤقتة لمحظور ممنوع بنص الشريعة، تنتهي هذه الاباحة بزوال الاضطرار، وتتقيد بالشخص المضطر .

أما الاحكام التي تثبت على بناء الحاجة فهي لا تصادم نصاً ،ولكنها تخالف القواعد والقياس ، وهي تثبت بصورة دائمة يستفيد منها المحتاج وغيره .

وبذلك تفترق الحاجة عن العرف الخاص أيضاً ، لان الحكم الذي يثبت بالعرف الخاص يقتصر على أهل العرف فقط كما تقدم .

(من شرح والدي رحمه الله على القواعد بتصرف وايضاح) .

٦٠٤ ـ **القاعدة الخامسة** : العادة محكمة »[1] (م/٣٦)

المراد بالعادة في هذه القاعدة هو **العرف** بنوعيه: اللفظي والعملي . فهي تعبر عن مكانة العرف واعتباره في الشريعة الاسلامية ، وعن سلطانه الحاكم بين الناس في توزيع الحقوق والالتزامات بينهم في التعامل.

---

(١) ـ **محكمة** بتشديد الكاف المفتوحة : اسم مفعول من **التحكيم** .

وهذه القاعدة والقواعد الآتية المتفرعة عنها قد تقدم الاستشهاد بها والاستناد اليها في مناسبات عدة من نظرية العرف صالحة لان تكون شرحاً ، وتمثيلاً لتطبيقها ، فلا حاجة لاعادة ذلك هنا ، (ر : ف ٤٨٢ ـ ٤٩٩) .

ما يتفرع عنها من القواعد

٦٠٥ ـ (أ) « استعمال الناس حجة يجب العمل بها » (م/٣٧)

هذه القاعدة في معنى اصلها القائل : « العادة محكمة » ، وهي مثلها تشمل العرف اللفظي والعملي ، لان الاستعمال معناه هنا العادة والعرف مطلقاً .

٦٠٦ ـ (ب) ـ « انما تعتبر العادة اذا اطردت أو غلبت » (م/٤١)

٦٠٧ (ج) ـ العبرة للغالب الشائع لا للنادر » (م/٤٢)

هاتان القاعدتان تعبران عن بعض شرائط اعتبار العرف التي تقدمت في بحث نظريته ، وهي شريطة الاطراد او الغلبة ، وقد سبق ايضاحها هناك (ر : ف/٥٠٤) .

٦٠٨ ـ (د) « الحقيقة تترك بدلالة العادة » (م/٤٠)

٦٠٩ ـ (هـ) ـ « الكتاب كالخطاب »(م/٤٠) .

٦١٠ ـ (و) «الاشارات المعهودة للاخرس كالبيان باللسان»(م/٧٠)

هذه القواعد الثلاث تضع اسس اعتبار العرف اللفظي في الكلام وما يقوم مقامه عرفاً ايضاً في التعبير من كتابة واشارة .

وقد تقدم الاستشهاد بها في نظريتي العقود والعرف (ر : ف/ ١٥٦ ـ ١٥٨ و ٤٩٣ ـ ٤٩٥) .

٦١١ – (ز) – المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»(م/٤٣)

٦١٢ – (ح) – « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » (م/٤٥)

٦١٣ – (ط) « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » (م/٤٤)

هذه القواعد الثلاث تعبر عن سلطان العرف العملي .

والقاعدة الثالثة منها تضع المبدأ المقرر في اعتبار العرف الخاص كعرف التجار ، وأرباب الحرف والصنائع ، وأهل بلد معين ، فان له سلطاناً حاكما كالعرف العام،لكنه يقتصر على متعارفيه دون سواهم.

وقد تقدم أيضاً في نظرية العرف مايشرح هذه القواعد (ر:ف/ ٤٩٦ ـ ٤٩٩) .

٦١٤ – (ي) « لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان » (م/٣٩)

تقدم الكلام على هذه القاعدة مفصلاً آخر نظرية العرف(ر:ف/ ٥٣٩ ـ ٥٥٣) .

٦١٥ – القاعدة السادسة : « إعمال الكلام أولى من اهماله » (م/٦٠) .

إعمال الكلام : اعطاؤه حكما .واهماله:عدم ترتيب ثمرة عملية عليه.

ومعنى القاعدة أن اللفظ الصادر في مقام التشريع او التصرف اذا كان حمله على أحد المعاني الممكنة لايترتب عليه حكم،وحمله على معنى

آخر يترتب عليه حكم. ، فالواجب حمله على المعنى المفيد لحكم جديد ، لان خلافه اهمال والغاء ،وان كلام العقلاء يصان عن الإلغاء ما أمكن (ر : القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ص/١٥٥)

ـ وعلى هذا : لو أقر شخص بألف عليه لآخر بموجب صك ولم يبين منشأها ،ثم أقر ثانية في صك آخر بألف كذلك ، يطالب بالالفين ولا يقبل قوله :إنهما واحد .

ـ ومثل ذلك لو أوصى بمائة في وجوه الخير،ثم اوصى بمائة كذلك تعتبر الوصية مائتين،ولا يقبل قول الورثة انه اراد بالثانية عين الاولى .

ـ وكذا لو طلق زوجته بقوله : أنت طالق ، أنت طالق ، تعتبر في نظر القضاء طلقتين ، ولا تحمل الثانية على أنها تأكيد للاولى ، مالم تقم قرينة على قصد التأكيد ، لان الاصل في الكلام التأسيس لا التأكيد .

أما في حكم الديانة اذا كان ناويا التأكيد فهما واحدة .

ومعنى التأسيس : أن يفيد الكلام فائدة جديدة غير ماأفاده سابقه.

وقد تفرعت عن هذه القاعدة قواعد عدة ترسم كيفية اعمال الكلام الذي اوجبته هذه القاعدة ، وتبين الطرق الراجحة المعقولة فيه.وهي القواعد التالية :

وما يتفرع عنها من القواعد

٦١٦ - (أ) - « الاصل في الكلام الحقيقة » (م/١٢)

« **الحقيقة** » : هي المعنى الاصلي الذي وضع له اللفظ .

ويقابلها « **المجاز** » وهو كل معنى آخر لم يوضع له اللفظ . ولكن بينه وبين المعنى الحقيقي علاقة تسوغ للمتكلم أن يقصده بذلك اللفظ اعتماداً على قرينة تدل على انه قد اراده دون المعنى الحقيقي .

فلفظ « **المحكمة** » مثلاً حقيقة معناه هو مكان الحاكم . فاذا اريد به الحاكم نفسه ، كما في قولنا : حكمت المحكمة ، كان مجازاً .

ولفظ « **القتل** » حقيقة معناه ازهاق الروح . فاذا استعمل بمعنى الضرب الموجع كان مجازاً .

ومعنى القاعدة : ان اعمال كلام المتكلم ، من شارع وعاقد وحالف وغيرهم ، يجب فيه حمل الفاظه على معانيها الحقيقية عند الخلو عن القرائن التي ترجح ارادة المجاز .

ـــ فلو قال لآخر : وهبتك هذا الشيء ، فأخذه المخاطب، ثم ادعى القائل أنه اراد بالهبة البيع مجازاً ، وطلب ثمناً ، لايقبل قوله ، لان الاصل في الكلام الحقيقة ، وحقيقة الهبة تمليك بلا عوض .

بخلاف ماذا قال له : وهبتكه بدينارين ، فان ذكر الدينارين على سبيل العوضية قرينة على انه اراد بالهبة البيع مجازاً ، فيحمل عليه .

ـــ وكذا لو وقف الواقف على « اولاده » دخل الابناء مع البنات لأن لفظ « الولد » حقيقة فيهما .

ـــ وكذا لو وقف على «أولاداولاده»دخل في الوقف اولادالبنات.

ولو اوصى لاولاد فلان ، وكان لفلان اولاد صلبيون وحفدة ، انصرفت الوصية الى الاولاد الصلبيين ـ أي الطبقة الاولى من ذريته ـ لأنه المعنى الحقيقي للفظ « الاولاد » .

٦١٧ – (ب) – « اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز » (م/٦١)

لأن المجاز عندئذ يتعين طريقاً لإعمال الكلام ، واجتناب اهماله :

ـــ فلو وقف على « اولاده » ولم يكن له حين الوقف إلا حفدة انصرف الوقف اليهم على سبيل المجاز ، لأن المعنى الحقيقي للفظ الاولاد ـ وهو الاولاد الصلبيون ـ متعذر ، والحفيد يسمى ولدا مجازاً ، فينصرف اللفظ اليه ، وذلك خير من اهماله .

ـــ ومثل تعذر الحقيقة تعسرها ، كمن حلف ليأكلن من هذه الشجرة فان حقيقة الاكل منها هو أكل خشبها ، وذلك عسير ، فيكون قرينة على ارادة المجاز ، وهو الاكل من ثمرها ، فينصرف المعنى اليه . وهذا هو العرف اللفظي أيضاً في مثل هذه اليمين .

٦١٨ – (ج) – « المطلق يجري على اطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة » (م/٦٤)

الاطلاق والتقييد هما من صفات الالفاظ .

فاللفظ المطلق: هو مادل على امر مجرد عن القيود التي توجب فيه بعض الأوصاف او الحدود . واللفظ المقيد : هو الذي يكون محدداً بشيء من تلك القيود .فلفظ (فرس)مطلق. و (فرس بيضاء) مقيد بوصف البياض . ولفظ (مكان) مطلق . و (مكان الاكل) مقيد .

حالات الاطلاق

فلو وكل شخص آخر بشراء «فرس» فاشتراها حمراء، فقال الموكل إنما أردت بيضاء ، يلزم بما اشتراها الوكيل ، لان كلامه مطلق فيجري على اطلاقه .

ــ وكذا اذا وكله بشراء متاع فاشتراه له بثمن المثل ، فقال الموكل إنما اردت أن تشتريه من السوق الفلانيـة ، أو بثمن أقل . فلا عبرة لقوله ، وينفذ عليه الشراء ، لأن أمره للوكيل مطلق عن القيود ، فيجري على اطلاقه .

ــ وعقد الاعارة المطلق يسوغ المستعير جميع وجوه الانتفـاع بالحدود المعتادة، فلا يتقيد بمكان أو زمان أو طريقة ما ليس عليه دليل.

حالات التقييد

ــ أما اذا وجدنا ما يفيد تقييد المطلق من نص او دلالة ببعض القيود فانه يتقيد :

أ) ــ **فالتقيد بالنص** كما لو قـال الموكل لوكيله في البيع مثلا : « بع بعشرين » فلا ينفذ بيعه بأقل .

واذا حدد المعير للمستعير مدة فانه لا يملك الانتفاع بعدها .

ب)ـ **والتقييد بالدلالة** كما لو وكل حمال غيره بشراء حصان فاشترى له حصاناً أصيلاً من خيل السباق الثمينة ، فانه لا ينفذ عليه الشراء لأن حالته تنبىء بان المراد حصان للتحميل ، وان كان اللفظ مطلقاً .

وكذا لو كلف شخص غيره بشراء أضحية فشراها له بعد انقضاء العيد، او وكله بشراء مدفأة فاشتراها له بعد انقضاء الشتاء ، أو باستئجار دار فاستأجرها له بعد سنة مثلا ، فكل ذلك لا ينفذ على الآمر لقيام دلالة التقييد الزمني .

ودلالة العرف كدلالة الحال في التقييد عند ابي يوسف ومحمد فلو وكل شخص غيره ببيع شيء تقيد بثمن المثل وبالنقد ، فلا يملك بيعه بأقل أو بالنسيئة **نظراً للعرف** ، وكذا لو وكله بايجار داره لم يملك ايجارها مدة طويلة لسنين .

وعند ابي حنيفة يملك ذلك **نظراً للاطلاق** ورأي الصاحبين اوجه كما هو ظاهر .

واتفقوا على ان وكيل الشراء يتقيد بثمن المثل ، فلا ينفذ على الموكل شراؤه بأكثر منه .

٦١٩ ـ « ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله » (م/٦٣)

ـ فتطليق الرجل نصف امرأته أو ربعها مثلا تطلق به كلها .

وتطليقه اياها نصف طلقة تقع به طلقة .

ـ وفي الكفالة بالنفس (ر : ف /٢٧١) اذا كفل الكفيل ربع

الشخص كان كفيلا بالشخص لعدم امكان التجزئة .

بخلاف الكفالة بالمال ، فلو كفل بجزء من الدين كربعه أو خمسه، أو كفل بمبلغ محدود منه لم يكن كفيلا بأكثر ، لأنـــه مما يتجزأ .

وكـذا لو أبرأ الدائن مدينه عن جزء فقط من الدين برىء عن ذلك الجزء فقط .

الاستثناءات :

هذا ، وقد استثنوا من هذه القاعدة ما لو قال شخص لآخر : نصفي كفيل لك بدين فلان ، فان الكفالة لا تنعقد .

٦٢٠-(هـ)- « الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر » (م/٦٥)

تقدم الكلام على هذه القاعدة في نظرية العقود ، (ف ١٩١/٥) .

٦٢١ - (و) - « السؤال معاد في الجواب » (م/٦٦)

أي اذا ورد جواب باحدى الأدوات المجملة مثل (**نعم . وبلى**) بعد سؤال مفصل ، يعتبر الجواب مشتملا على ما في السؤال من تفصيل، لأن مدلولات هذه الادوات يعتمد على ما قبلها .

فاذا سئل : هل لفلان عليك كذا وكذا بسبب كذا ، فأجاب نعم ، أو سئل : اليس له عليك كذا ، فأجاب : بلى ، كان مقراً بجميع ما ورد في السؤال ، ولو لم يكرره .

٦٢٢ - (ز) - « إذا تعذر إعمال الكلام يهمل » (م/٦٢)

التعذر في إعمال الكلام : هو أن لا يمكن حمله على معنى صحيح ولو مجازاً ، فيكون لغواً ، فيهمل .

والتعذر قد يكون حسياً او شرعياً :

أ) **فالتعذر الحسي** كما لو ادعى شخص على غيره أنه قطع يده أو اعترف بأنه قطع يد غيره ، واليد في الحالين قائمة مشهودة .

ومثل ذلك ما لو أقر شخص لمساويه سناً ، أو لثابت النسب من غيره ، أنه ابنه .

ب) ــ وأما **التعذر الشرعي** فكما لو أقر شخص بأن اخته ترث ضعفي حصته من تركة أبيه . فكل ذلك كلام مهمل غير ملزم .

بخلاف ما لو اعترف لها انها تستحق مقداراً من المال في التركة مساوياً لحصته أو أكثر منها ولم يعين انه من طريق الارث ، فان هذا الاقرار صحيح ملزم لان استحقاق الاخت ما أقر لها أخوها به ممكن بأسباب كثيرة مشروعة ، كما لو كانت قد أقرضت مورثها قبل موته مبلغاً من المال .

ــ ولو كفل شخصاً ولم يبين انها كفالة بالنفس او بالمال لا تصح لاختلاف احكامها وعدم معرفة المقصود ، فيتعذر التنفيذ (رد المحتار أوائل الكفالة) .

٦٢٣ ـ القاعدة الرابعة : « لا مساغ للاجتهاد في مورد النص » (م/١٤)

النص : خطاب الشارع ، وهو آيات القرآن والأحاديث النبوية الصحيحة : اي الثابتة .

ولكن المراد بالنص هنا : هو ما يشمل الإجماع الثابت بالنقل الصحيح .

والاجتهاد : بذل الجهد العلمي في استنباط الاحكام الشرعية من أدلتها ، وهو نوعان :

ـ اجتهاد الفقهاء في فهم النص التشريعي .

ـ واجتهادهم في قياس حكم لا نص فيه على حكم منصوص عليه.

أ) ـ فأما الاجتهاد في فهم النص فلا بد منه مع وجود النص لمعرفة تطبيقه . ولكن محله انما هو عند غموض النص واحتماله وجوهاً مختلفة في تفسيره وتطبيقه .

فاذا كان النص صريحاً واضحاً في افادة الحكم الذي ورد لأجله بصورة لا تحتمل التأويل لم يجز تأويله بما يخرجه عن ظاهره، أو لا يحتمله.

فمثلاً قول الرسول عليه الصلاة والسلام : « **البينة على المدعي واليمين على من أنكر** » صريح واضح في قبول البينة من المدعي لأجل الاثبات . فلا يسوغ لاحد أن يجتهد في فهمه بعكس هذا التوزيع ، فيقبل البينة من المدعى عليه. ولا يقبلها من المدعي، أو يجعل الخيار للحاكم في تكليف من يشاؤه من الخصمين المتقاضيين بالبينة أو اليمين، ومنع الآخر منها .

أما قبول بينة معاكسة من المدعى عليه للترجيح بينها وبين بينة المدعي فانه لا ينافي هذا النص لأن هذا التدبير لا يمنع المدعي من الاثبات الذي منحه اياه النص ، وإنما هو وسيلة لتمحيص البينات والقضاء بالاقوى .

ب) ـ وأما الاجتهاد عن طريق القياس ، فلا يجوز الالتجاء

إليه مع وجود نص ثابت في الحكم المطلوب معرفته، لأن محل القياس انما هو عند عدم النص ۰

على أنه قد يوجد حديث نبوي مروي في موضوع فيراه بعض الفقهاء صحيحاً (أي رواته كلهم ثقات يعتمد على روايتهم) فيأخذ به ويترك القياس المخالف له ، بينما لا يراه غيره بالغاً درجة الصحة ، فيتركه ويلجأ الى القياس .

يستخلص من ذلك أن الاجتهاد الممنوع في مورد النص هو ما كان مصادماً لنص ثابت وواضح في المعنى الذي ورد فيه وضوحاً لايحتمل التأويل [1] .

وهذا مبدأ مقرر في النظر القانوني أيضاً ، فلا مجال للقضاة أن يجتهدوا في أحكامهم مع وجود نص قانوني صريح بخلاف اجتهادهم ، لان مهمة القاضي التطبيق لا التشريع ۰

٦٢٤ — القاعدة الثامنة : « الاجتهاد لا ينقض بمثله » (م/١٦) .

فمن اجتهد في حكم حادثة فأفتى بها او قضى، ثم وقعت أخرى نظيرها فتبدل فيها اجتهاده الى حكم مخالف، لا تنقض فتواه او قضاؤه السابقان، وإنما يعمل باجتهاده الجديد في الحادثة الجديدة ، إذ لو ساغ نقض العمل بالفتاوى والاحكام الاجتهادية كلما تبدل اجتهاد المجتهد لما استقر حكم في حادثة ، لان الاجتهاد عرضة للتبدل دائماً بتبدل وجهات

(١) — وهو مايسمى في علم اصول الفقه : **قطعي الثبوت والدلالة** .

النظر في الدليل .

وقد اشتهر عن عمر بن الخطاب (رض) أنه قضى في حادثة بحكم، ثم رفع اليه نظيرها فتبدل اجتهاده وقضى فيها بخلاف قضائه الاول ، فقيل له في ذلك فأجاب : **«ذلك على ماقضينا وهذه على مانقضي»**. وقد جرت كلمته هذه مجرى الامثال (ر: حاشية الحموي على « الاشباه » لابن نجيم تحت هذه القاعدة ١/١٤١) .

وهذا مبدأ قانوني مقرر أيضاً ،فان محاكم النقض العليا ،التي يعود اليها النقض والابرام ،إذا تبدل اجتهادها القضائي في حادثة أو في فهم مادة قانونية لايسري ذلك على مامضى ، فلا ينقض مايبت فيه من قضايا ، وانما يعمل باجتهادها الجديد في القضايا الجديدة .

وكما لاينقض اجتهاد المجتهد بتبدل اجتهاده نفسه لاينقض باجتهاد مجتهد غيره ، بل على كل مجتهد أن يحترم اجتهاد سواه ، لعدم المرجح بعد تحقق رتبة الاجتهاد فيهما .

٦٢٥ ــ **القاعدة التاسعة** : « ماثبت على خلاف القياس لايقاس عليه » او « ماثبت على خلاف القياس فغيره عليه لايقاس » (م/١٥)

رأينا في مناسبات عدة ان كثيراً من الاحكام تقرره الشريعة على خلاف القياس : أي تعطيه حكماً استثنائياً على خلاف مقتضى القواعد العامة السارية على أمثاله ، لوجود اعتبارات تشريعية خاصة به .

فالوصية مثلاً تمليك مضاف لحالة ما بعد الموت ، وهي الحالة التي

تنقطع فيها حقوق الشخص في أمواله ، وتتعلق بها حقوق ورثته.فهي ثابتة على خلاف القياس ، لأن الشارع أراد أن يفتح بها للشخص باباً يتدارك به مافاته من أعمال البر والاحسان التي قد تشح بها نفسه حال الحياة خشية من الاحتياج .

فلا يجوز أن يقاس عليها تجويز إضافة غيرها من التصرفات الى مابعد الموت كالهبة والاعارة ، والبيع والاجارة مثلا ؛ بان يعقدها الشخص في حياته عقداً مضافاً الى مابعد الموت .

أما لو أوصى بأن يباع بعد موته شيءمعين من تركته لفلان بنصف قيمته مثلاً ،او أن يعار له، فهذا سائغ لأنه وصية بالبيع او الاعارة ، لا عقد حاضر مضاف الأثر الى مابعد الموت .

ملاحظة :

ويجب أن يلحظ أن ماثبت على خلاف القياس إنما لايجوز أن يقاس عليه في النقطة التي خالف فيها القياس ، أما من وجه آخر لم يخالف فيه القياس فلا مانع أن يقاس عليه .

ولذا قالوا :إن احكام الوقف تستقى بطريق القياس من أحكام الوصية ، فتقاس مثلاً مسؤولية متولي الوقف على مسؤولية الأوصياء في تنفيذ الوصية .

٦٢٦ــ القاعدة العاشرة: «إذا زال المانع عاد الممنوع» (م/٢٤)

تقدم أول نظرية العقود في البحث عن **المانع** شرح هذه القاعدة

(ر :ف/١٤٣) .

ما يتفرع عنها من القواعد

٦٢٧ – « **ماجاز لعذر بطل بزواله** » (م/٢٣)

– **ففي أمور الديانة** : اذا زال المرض المسوغ **للافطار** خلال رمضان وجب الصيام فيما بقي .

واذا زال الاضطرار المبيح للمحظور ارتفعت الاباحة. وهكذا...

– **وفي الامور القضائية**: اذا شب حريق في دار ، فأخرج صاحبها ماعنده من ودائع وسلمها لبعض الجيران ، فهو معذور في ذلك ولا يضمنها ان تلفت، فاذا انتهى الحريق فتركها عندهم فهلكت كان مقصراً فيضمنها لزوال عذره الذي سوغ وضعها لديهم .

٦٢٨ – **القاعدة الحادية عشرة** : « ماحرم أخذه حرم اعطاؤه » (م/٣٤) .

وذلك لأن الاعطاء عندئذ اعانة وتشجيع على أخذ المحرم ، فيكون المعطي شريك الآخذ في الاثم .

وعلى هذا لايجوز اعطاء الرشوة ، والربا، والاجرة على النياحة ، وعلى سائر الأعمال الفسقية ، كما لايجوز أخذ ذلك .

الاستثناءات :

ويستثنى من هذه القاعدة مايدفع للأشرار والهجائين للتخلص من أذاهم ولسانهم عند فقدان السلطان الوازع ، وما يدفعه المستقرض

بالربا في حالة الاضطرار ، وما يدفعه الوصي من بعض مال اليتيم الى غاصبه لتخليص الباقي اذا لم يمكن تخليصه دون ذلك .

ففي جميع ذلك وامثاله تكون الحرمةفيهعلى الآخذ دونالمعطي.

مايتفرع عنها من القواعد

٦٢٩ ـ « ماحرم فعله حرم طلبه » (م/٣٥)

لأن السكوتعلى المحرم غيرجائز شرعاًبليجب انكارهوتغييره . فطلبه محرم كذلك بحكم الاولوية .

فتكليف الشخص غيره بفعل جريمة مثلايستحق بهنصيباًمن العقوبة

الاستثناءات :

يستثنى من القاعدة جواز طلب المدعي تحليف خصمه اليمين مع علمه بكذبه فيها .

٦٣٠ ـ القاعدة الثانية عشرة : « من استعجل الشيءقبل أوانه عوقب بحرمانه » (م/٩٩) .

هذه القاعدة من باب السياسة الشرعية في القمع وسد الذرائع .

ـ مثال ذلكأن الارثوالوصيةوقتهماالشرعي بعد موت المورث والموصي . فلو قتل شخص مورثه او الوصي لهبلا مسوغشرعييحرم بذلك من الارث او الوصية .

ـ وكذلك لو طلق الرجل زوجته طلاقاً بائناً في مرض موتـه ومات خلال عدتها ترث منه في الاجتهاد الحنفي، لدلالة مرض الموت على قصده حرمانها من الارث، فيرد قصده عليه . وهذا يسمى : **طلاق الفرار** ، لان قصد فاعله التهرب به من ارث امرأته .

وهذا الحكم هو من صور منع « **التعسف في استعمال الحق** » في الفقه الاسلامي (ر : ف ٢/٢٧ الحاشية) .

وقد نقـل عن عمر بن الخطـاب (رض) أنه أفتى في المرأة الّتي يطلقها زوجها فتتزوج غيره قبل انقضاء عدتها بانها تحرم على هذا الزوج الثاني ان دخل بها حرمة مؤبدة ، معاملة لها بنقيض مقصودها بمقتضى السياسة الشرعية في المصالح المرسلة (ر : تاريخ الفقه الاسلامي ، من وضع كلية الشريعة في الازهر ص/٤٧) .

٦٣١ ـ القاعدة الثالثة عشرة : « من سعى في نقض ما تم في جهته فسعيه مردود عليه » (المجلة / ١٠٠) .

ـ وعلى هذا : لا يصح من المقر أن يرجع عن اقراره السـابق بحجة الخطأ فيه .

ـ ولو تقاسم الورثة التركة ، ثم ادعى أحدهم أنها ملكه وأراد نقض القسمة لا تسمع دعواه (المجلة / ١٦٥٦) لان اقدامه على المقاسمة هو اقرار ضمني بحقوق من قاسمهم فيها .

ـ ولو باع شيئا او اشترى ، ثم ادعى أنه كان فضولياً عن شخص آخر

ولم يقبل بعقده لا يسمع منه هذا الادعاء .

ــ وكذلك لو كفل شخص بالدرك [1] لمشتري العقار ، ثم جاء يطلب أخذه بالشفعة ، أو يدعي ملكيته ، لا يقبل منه .

الاستثناءات :

يستثنى من هذه القاعدة ما له مساس بحق قاصر أو وقف أو بحقوق الجماعة.

ــ فالغبن الفاحش مثلا في بيع مال القاصر ، او ايجار عقار الوقف لا ينفذ .

فلو باع الاب او الوصي مال القاصر ، او آجر المتولي عقار الوقف ، ثم ادعوا وقوع غبن فاحش فيه تسمع الدعوى منهم .

ــ وكذا اذا اشترى شخص أرضاً ثم ادعى ان بائعها كان وقفها مسجداً أو مقبرة تسمع دعواه. كل ذلك صيانة لحقوق القاصرين والجماعة. واذا ثبت ذلك ينقض العقد. (من شرح والدي رحمه الله على القواعد)

٦٣٢ ــ القاعدة الرابعة عشرة : « البقاء أسهل من الابتداء » (م/٥٦) .

كما أن الدفع أسهل من الرفع.

وعلى هذا يمكن أن يغتفر اختلال بعض شرائط العقود في حال استمرارها بعد وجودها ، ولا يغتفر ذلك في حال انعقادها .

ويتجلى ذلك في أمثلة القاعدة التالية المتفرعة عنها :

---

(١) ــ تقدم معنى الكفالة بالدرك ، أو ضمان الدرك ، فلينظر (ف/٢٧١).

٦٣٣ ـ « يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء » (م/٥٥)

وذلك لان البقاء أسهل ، كما أفادته القاعدة السابقة :

ــ ومن أمثلتها ما تقدم من أن عقد الاجارة يشترط لصحته أن يكون المأجور متميزاً لا حصة شائعة. وكذلك الهبة فيما يحتمل القسمة.

ولكن الفقهاء اغتفروا الشيوع الطارىء فيهما دون المقارن (ر:ف / ١٢٦ ـ ١٢٨ وقواعد الحمزاوي ص/ ٢٠٥) لان الطارىء يكون في حالة بقاء العقد دون ابتدائه .

ــ وكذلك لو كان لمجموعة أشياء ثمن مجمل، فاشترى شخص أحدها بحصته من ثمنها لم يصح، لجهالة ثمنه عند العقد، وهذا يسمى، **البيع بالحصة.**

ولكن لو اشتراها كلها ثم استحق من يده بعضها ، فله أن يرجع على البائع بثمن ما استحق ، ويبقى البيع في الباقي بحصته من الثمن . (انظر في معنى الاستحقاق: ف ٢/١٩٢).

٦٣٤ ــ القاعدة الخامسة عشرة : « التابع تابع » (م/٤٧) .

اي ان التابع لغيره في الوجود يتبعه في الحكم، فيسري عليه ما يسري على متبوعه . والتابع هو ما كان جزءاً من غيره ، او كالجزء في الاتصال الخلقي ، كالعضو من الحيوان ، والجنين في بطن امه ؛ والصوف على الغنم ، واللبن في الضرع ؛ أو كان من ضرورات الشيء كالمفتاح من القفل.

ــ فلو بيعت شاة دخل في البيع صوفها فليس للبائع جزه. ولو بيعت بقرة

حامل دخل جنينها، او قفل دخل مفتاحه،ولو لم يصرح بذلك في العقد .

ـ ولو اقر شخص لآخر بملكية سيف متنازع عليه دخل في الاقرار قرابه وحمائله .

ـ وزوائد الرهن ، كولد الدابة المرهونة ، تبقى في يد المرتهن تبعاً لاصلها .

ما يتفرع عنها من قواعد

٦٣٥ - (أ) - «من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته »(م/٤٩)

ـ وعلى هذا قرر الفقهاء :

ـ ان ملك الارض يستتبع ملك ما فوقها وماتحتها: فيبني صاحبها الطباق ،ويحفر في الاعماق الى ما يشاء علواً وسفلا[1] .

ـ وان من يشتري داراً واقعة في سكة غير نافذة مشتركة بين عدة دور ،يملك بحكم التبعية حصة الدار من الطريق في هذه السكة، ولو لم ينص عليها في العقد .

ولا يقتصر حكم هذه القاعدة على ملك العين، بل يشمل ملك التصرف ايضاً :

ـ فلو عرض الدلال ما كلف بيعه على رب دكان ، وتركه عنده فهرب هذا به ، لم يضمن الدلال ، لان تركه عنده من ضرورات هذا البيع ، فيسوغ للدلال ولا يكون به مقصراً.

---

(١) ـ هذا لا ينافي شرعاً تقييد ارتفاع الابنية في المدن اليوم وفقاً لانظمة البلديات ، وفاقاً لقاعدة المصالح المرسلة .

(من شرح والدي رحمه الله على القواعد، نقلا عن الفصل /٣٣/ من جامع الفصولين .

٦٣٦ - ب . « التابع لايفرد بالحكم » (م/٤٨)

هذه القاعدة مضطربة التطبيق والفروع لان صيغتها فيما يظهر اعم من موضوعها ، ولذا يذكر لها الشراح مستثنيات كثيرة .

أ) ـ فالمراد بها فيما اعتقد : أن التابع الذي هو من قبيل **الجزء** **أو كالجزء** من غيره لايصلح أن يكون **محلا في العقود**: أي معقوداً عليه:

ـ فبيع عضو من الغنمة وهي حية باطل ، ولو ذبحت بعد ذلك وامكن فصله .

ـ وبيع جنين الدابة الحامل دون امه باطل . واستثناؤه من بيع أمه يعتبر شرطاً مفسداً للبيع .

ـ وكذا شأن اللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم .

ب) ـ اما فيما وراء هذا النطاق فالتابع يمكن ان يفرد بالاحكام كما في حالة التعدي :

ـ فاذا ولدت الدابة المغصوبة لايعتبر ولدها مغصوباً لان الغاصب ما أزال عنه يد مالك ، وانما حصل في يده حصولا (ر: ف /١٠٧) . ولذا لو هلك بلا تعد منه أو تقصير لايضمنه ، ولكن لو أتلفه هو يضمنه .

وكذا لو ضرب بطن امرأة حامل فأسقطت جنيناً ميتاً يضمن

الضارب ديته التي تسمى « غرة » ، ولو كان تابعاً لامه .

وكذلك أثبتوا للجنين أهلية وجوب ناقصة يستحق بمقتضاها حقوقاً أربعة ،منهاارثهمن مورثه ، والوصيةله بشرط أن يولد حياً كما كما تقدم في نظرية الاهليات (ر : ف/٤١٧) .

ـ ويجوز بيع المفتاح دون قفله . والرسن دون دابته ، وان كانا كلاهما « تابعين » يدخلان في بيع القفل والدابة تبعاً دون ذكر في العقد ، لان هذهالقاعدة كما استظهرنا هيخاصة بما كان من التوابع جزءاً أو كالجزء ، فعندئذ لايصلح مستقلاً في التعاقد .

وبهذا الفهم في هذه القاعدة يزول الاضطراب من طريق تطبيقها كما يزول استثناء كثير من مستثنياتها فتصبح منطبقة عليها .

٦٣٧ - (ج) - «يغتفر في التوابعمالا يغتفر في غيرها» (م/٥٤)

أي ان الشرائط الشرعية المطلوبة في محل التصرفات يجب توافرها جميعاً في المحل الاصلي ، ويتساهل بها في توابعه .

ـ ففي الوقف مثلاً يشترط أن يكون الموقوف مالا ثابتا : أي عقاراً ، فلا يصح وقف المنقولات ، الا ماتعورف كوقف الكتب وأدوات الجنازة (ر : ف/٤٧٨) .

لكن لو وقف عقاراً كقرية أو دار بما فيه من منقولات صح الوقف في هذه المنقولات أيضاً تبعاً للعقار .

٦٣٨ – (ن) – « إذا سقط الاصل سقط الفرع » (م/٥٠)

ولا عكس ، أي لا يلزم من سقوط الفرع سقوط الاصل :

ــ فلو أبرأ الدائن المدين برىء كفيله ايضاً وسقط رهنه ان كان الدين موثقاً بكفيل أو رهن .

بخلاف ما لو أبرأ الدائن الكفيل أو رد الرهن ، فان دين المدين لا يسقط .

٦٣٩ – (م) – « قد يثبت الفرع دون الاصل » (م/٨١)

صيغة هذه القاعدة في المجلة : « قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الاصل » .

هذه القاعدة تبدو غريبة غير معقولة في بادىء الرأي ، لانها تنافي السنن الطبيعية . ففي الطبيعة لا يوجد فرع بلا أصل .

ولكن الامور الحقوقية تؤثر فيها عوامل تختلف عن العوامل الطبيعية . فهذه القاعدة تعبر عن إثبات الحقوق أمام القضاء ، ولا تبحث عن نشوئها في الواقع .

فوجود الفرع يستلزم في الواقع وجود الاصل الذي تفرع عنه ، ولكن إثبات المسؤوليات الحقوقية على الاشخاص قد تفقد وسائله المثبتة في حق الاصل ، وتتوافر في حق الفرع .

مثال ذلك : لو ادعى شخص على اثنين أن احدهما استقرض منه مبلغاً وأن الثاني قد كفله ، فاعترف الكفيل ، وأنكر الآخر ، وعجز المدعي عن إثبات القرض عليه ، يؤخذ المبلغ من الكفيل ، لان

المرء مؤاخذ باقراره كما سيأتي. وليس هذا حكما بأنه قد نشأت كفالة دون مدين مكفول ، ولكن يد القضاء لا تمتد على شخص إلا بدليل مثبت ، ولا دليل هنا إلا اقرار الكفيل ، والإقرار حجة قاصرة ، فيسري على صاحبه ولا يسري على غيره كما سنرى .

ـ وكذا لو أقر أحد لشخص مجهول النسب أنه أخوه. فهذا الإقرار يمس حقوق الأب لأن فيه تحميلاً للنسب على الأب ، فان كونه أخاً للمقر هو فرع عن بنوته لأبيه فيحتاج الى تصديق الاب . فاذا أنكر الأب بنوته ولم يمكن اثباتها بالبينة، لا تثبت بنوته للأب، ولكن يؤاخذ المقر باقراره أنه أخوه ، فيقاسم ذلك الشخص حصته من ميراث الأب.

٦٤٠ - (و) - « اذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه » (م/٥٢)

ومثله قولهم : « اذا بطل المتضمِن بطل المتضمَن » (بصيغة الفاعل في الاول ، وصيغة المفعول في الثاني) .

ـ فاذا بطل عقد بطل ما تضمنه من شروط والتزامات ، لانها تبع له .

ـ واذا صالح أحد خصمه المدعي على بدل ، ثم اعترف المدعي بعد الصلح بأنه لم يكن له تجاهه حق ، بطل الصلح فيبطل ما تضمنه من تمليك البدل ، فيحق للمصالح استرداده .

وكما يبطل مضمون العقد ببطلانه يبطل ايضاً ما يبنى عليه .

ـ فلو تبايعا وتم التقابض في المبيع والثمن ، فأبرأ كل منهما

الآخر عن كل حق ودعوى تتعلق بهذا البيع ، ثم استحق المبيع من يد المشتري [1] ، فانه يرجع بالثمن من البائع ، لانه لما بطل البيع باستحقاق المبيع بطل الابراء المبني عليه .

وعلى هذا يجب ان يقال في نص القاعدة : «بطل ما في ضمنه وما بني عليه.

الاستثناءات :

ولهذه القاعدة مستثنيات منها : مالو صالح الشفيع عن حق شفعته في العقار المبيع لقاء عوض لم يصح الصلح ، وسقطت شفعته بلا عوض ، لأن حق الشفعة قد شرع ليمارس بالفعل دفعاً لسوء الجوار ، لا ليستغل استغلالا .

فقد بطل الصلح هنا ولم يبطل مافي ضمنه من اسقاط الشفعة، لان رضاه بسقوط شفعته لقاء بدل هو دليل على عدم سوء الجوار في نظره.

٦٤١ — القاعدة السادسة عشرة : « اذا تعذر الاصل يصار الى البدل » (م/٥٣) .

— فيجب رد عين المغصوب مادامت قائمة.فاذا هلك يرد بدله من مثل او قيمة .

— واذا تعذر رد المبيع المعيب لمانع شرعي ،كمالو كان المبيع ثوباً فصبغه المشتري ثم ظهر فيه عيب قديم ، فللمالك ان يسترد من البائع

(١) — انظر في معنى الاستحقاق ماتقدم (ف ٢/١٩٢) .

فرق نقصان العيب .

وطريقة تحديد هذا الفرق تكون بتقويم المبيع سليما ومعيباً ، فما ينقصه العيب من قيمة السليم ينقص بنسبته من الثمن: فلو كان الثمن المتفق عليه في العقد خمسين ، ثم قدرت قيمه المبيع سليما بمائة، ومعيبا بخمسين ، كان فرق العيب خمسين في المائة من القيمة : أي نصفها . فيسترد نصف الثمن : أي خمس وعشرون .

٦٤٢ ـ القاعدة السابعة عشرة : « الساقط لا يعود » (م/٥١)

أي ان ما يسقط من الحقوق بسبب مسقط يصبح بسقوطه معدوماً فلا يعود ، كما لا يعود المعدوم .

فلو أبرأ الدائن مدينه سقط الدين ، فلا تمكن استعادته اذا ندم الدائن .

ـ ولو سلم البائع المبيع للمشتري قبل قبض الثمن سقط حقه في احتباس المبيع لاجل استيفاء الثمن ، فلا يعود له حق استرداد المبيع لاجل احتباسه بعد ذلك ، وانما له ملاحقة المشتري بالثمن كما تقدم (ر : ف/٣٤٥ و ٥٨٠) .

ـ وكذا حق الارتفاق بالمرور او المسيل لعقار في أرض الغير أو داره : لو أسقطه صاحب العقار المرتفق سقط وليس له حق الرجوع فيه.

تنبيه هام:

هناك حقوق لا تسقط بالاسقاط ، فاذا اسقطها صاحبها وتركها .

كان له ان يطالب بها بعد ذلك ، لا لأنها تعود بعد السقوط ، بل لأنها لم تسقط ، فلا تنافي هذه القاعـــدة ، ولا تعتبر مستثناه منها ، لأنها لاتدخل تحتها :

ــ فمن ذلك ملكية الاعيان :فقد قدمنافي بحث خصائص الملكية أنها لاتسقط بالإسقاط ، وانما تنتقل بالاسباب الناقلة (ر:ف/٢٣؛).

ــ ومن ذلك حق الموقوف عليه في غلة الوقف : فلو اسقطه وتركه مدة دون مدة التقادم ، فله أن يعود الى طلبه ، لانه لم يسقط (ر : قواعد الحمزاوي ص/٢٢٩) .

هذا ، ولم يضع فقهاؤنا ضابطاً لما يسقط وما لا يسقط من الحقوق بالاسقاط .

ولكن والدي رحمه الله في شرحه لهذه القاعدة قد استنبط ضابطا فقهياً لتمييز مايسقط من الحقوق بالاسقاط وما لايسقط في الاجتهاد الحنفي استمده من تعليلات الفقهاء عندما يعللون السقوط أو عدمه. فجاء جامعاً مانعاً تنطبق عليه جميع أنواع الحقوق التي تسقط أو لا تسقط .

وخلاصة الضابط أن الحق الذي يسقط بالاسقاط هو ما توافرت فيه صفات أربع :

(١)ــ أن يكون الحق قائماً حين الاسقاط .فلا يصح الابراء عن دين مثلا قبل نشوئه .

(٢)ــ أن يكون غير متعلق بتملك عين كما أسلفنا .

(٣) أن تكون مصلحة صاحبه فيه خالصة او غالبة .

فحق متولي الوقف ووصي اليتيم في التصرف بادارة الوقف وأموال اليتيم لا يسقط بالاسقاط ، لأنهما لا يعملان لأنفسهما .

وعقوبات الحدود لا تسقط باسقاط المجني عليه او ولي الامر ، لانها حق الله الذي يسمى : **الحق العام** .

بخلاف القصاص فانه يسقط بالإسقاط ، لأن حق الشخص فيه هو الغالب (أي حقه في نوع العقوبة ، أما اصل العقوبة فهي حق عام يمارسه السلطان لمصلحة الجماعة . فلا يسقط باسقاط المجني عليه او وليه) . فبتنازل صاحب حق القصاص عن حقه تنتقل عقوبة الجاني الى التعزير كما تقدم في نظرية المؤيدات (ر : ف/٣٣٠) .

(٤) أن يترتب على اسقاط الحق نتيجة غير مشروعة .

فلو باع شخص شيئاً كان قد آجره او رهنه قبل البيع ، فللمشتري الخيار في ان يفسخ البيع ويسترد الثمن ، او ينتظر انقضاء مدة الاجارة او فكاك الرهن ليتسلم المبيع . فلو اسقط حقه في هذا الخيار لا يسقط على الراجح من الآراء (ر : رد المحتار باب التصرف في الرهن) وذلك لأنه لو سقط خياره لبقي حقه في تسلم المبيع معلقاً وذلك ضرر محض غير مشروع[1] . فمن المبادىء الشرعية أن الانسان لا يجبر على تحمل الضرر المحض الذي لا يقتضيه العقد ولو رضي به (ر : الدرر باب البيع الفاسد ٢/١٧٠) .

---

(١) — الذي ارى ان التعليل بالنتيجة غير المشروعة انما ينطبق على حالة المبيع المرهون لا المأجور . =

٦٣٤ ـ القاعدة الثامنة عشرة : « لايتم التبرع إلا بالقبض » :

فالهبة وسائر العقود العينية الأخرى ، كالإعارة والايداع ، يعتبر تسليم العين فيها عنصراً متمماً لانعقاد العقد، لا مجرد تنفيذ له. وقد تقدم ايضاح ذلك في مناسبته من نظرية العقود (ر : ف/١٦٣) .

٦٤٤ ـ القاعدة التاسعة عشرة: «تبدل سبب الملك كتبدل الذات» (م/٩٨) :

هذه القاعدة صيغتها في المجلة هكذا : «تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات » : أي كتبدل الشيء المملوك . وعلى هذا فرع الفقهاء :

ـ أن المشتري اذا باع المبيع ، ثم اشتراه ثانية من مشتريه، ثم ظهر فيه عيب قديم كان موجوداً فيه عند بائعه الاول ، فليس له ان يرده عليه بحكم خيار العيب ، لأن المبيع قد عاد الى ملكه بسبب جديد هو شراؤه الثاني . فليس ملكه الحاضر مستنداً الى شرائه الأول الذي

= أ ـ ففي الرهن قد يباع المرهون قضائياً لاستيفاء الدين ، فاذا صح اسقاط المشتري السابق في الفسخ يصبح حقه في تسلم المبيع حقاً احتمالياً محضاً ، وهذا غرر فاحش غير مشروع .

ب ـ اما الاجارة فان لها مدة محددة تنتهي فيها فلا غرر ، فالتعليل الصحيح عندي لعدم صحة اسقاط المشتري حقه في فسخ شرائه اذا تبين ان المبيع مأجور هو ان الاجارة عند فقهائنا من العقود الزمنية : اي المستمرة (ر : ف / ٣٠٥) ويصرحون بأنها بمثابة عقود متجددة آنا فآنا . فاذا اسقط المشتري حقه في فسخ الشراء تجدد له حق جديد في الفسخ بالتجدد المفترض في عقد الاجارة .

يريد فسخه الآن . فيعتبر هـــذا الشيء الآن كأنه غير الشيء الذي اشتراه من البائع الأول ، لتبدل سبب الملك (ر:ف/٢٦١) .

ــ وكذا لو باع الموهوب له الشيء الموهوب ، أو وهبه لغيره .ثم عاد الى ملكه بشراء أو هبة أو أي سبب جديد آخر ، انقطع حق الواهب الأول من الرجوع في الهبة ، كأنما الشيء الحاضر غير الموهوب السابق .

وفي الفقه الأجنبي الحديث ما يشبه هذه القاعدة ، فنظرية التطهير : Purge في القانون الفرنسي تقاربها في الفكرة .

وبمقتضاها لديهم يعتبر تمليك العين بسبب فيه علنية وحسن نية ــ كشرائها بالمزاد العلني مثلاً ، أو من محل تجاري معروضة فيه ــ مطهراً لها : أي يحررها من كل حق عيني كان لأحد عليها . فيبقى لصاحب الحق العيني ملاحقة المسؤول عنه بالتعويض (ر : « موجز الحقوق الفرنسية » لدالوز : ج ٢ ف ١١٠٧ ــ ١١١٤) .

٦٤٥ ــ القاعدة التاسعة العشرون « المعلق بشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط » (م/٨٦) .

لأن الشرط المعلق عليه يصبح بارادة المتكلم واعتبار الشرع سبباً جعلياً ، فيرتبط الحكم المعلق وجوداً وعدماً بهذا الشرط كارتباط المسبب بسببه الشرعي .

وعلى هذا يعتبر الأمر المعلق بالشرط عدماً قبل وجود الشرط ، كما انه عندما يكون التعليق صحيحاً معتبراً يوجد الأمر المعلق بوجود

الشرط المعلق عليه فلا يتأخر عنه .

وقدتقدم ايضاح ذلكمع أمثلته في نظرية العقود (ر : ف / ١٤٢ و ٢٤٠ ـــ ٢٤٣)

مايتفرع عنها من القواعد

٤٤٦ ـ « المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة »(م/٨٤)

الأصل في الوعد انه لا يلزم صاحبه قضاء وان كان الوفاء بمطلوبا ديانة:

فلو وعد شخص آخر بقرض أو ببيع او بهبة او بفسخ او بابراء أو بأي عمل حقوقي آخر ، لا ينشأ بذلك حق للموعود، فليس له أن يجبره على تنفيذه بقوة القضاء .

غير أن الفقهاء الحنفيين لحظوا ان الوعد اذا صدر معلقاً على شرط فانه يخرج عن معنى الوعد المجرد ويكتسي ثوب الالتزام والتعهد ، فيصبح عندئذ ملزماً لصاحبه (ر : شرح العلامة علي حيدر على المجلة). وذلك فيما يظهر اجتنابا لتغرير الموعود بعدما خرج الوعد مخرج التعهد.

وقد قال ابن نجيم في الحظر والاباحة من « الاشباه » (ج ٢ ص / ١١٠) : « **لا يلزم الوعد الا اذا كان معلقا** » .

ـــ وعلى هذا قرر الفقهاء أنه : لو قال شخص لآخر: بع هذا الشيء من فلان ، واذا لم يعطك ثمنه فأنا اعطيكه ، فلم يعطه المشتري الثمن بعد المطالبة التزم به القائل .

ـــ وكذا لو باع شيئاً بغبن فاحش ، فقال المشتري للبائع المغبون

اذا ردت إلي الثمن فسخت ك البيع ، كان هذا الوعد ملزماً ويصبح البيع كبيع الوفاء الذي هو في معنى الرهن . (ر: ف/٧٠ ح و ٢٧٤).

ملاحظة:

ان الفقهاء والشراح في المذهب الحنفي لا يتوسعون في التمثيل لهذه القاعدة في نطاق المعاملات بأكثر من ذلك ، والظاهر انها لا تطبق على نطاق واسع في جميع المواعيد المعلقة .

وفي الاجتهاد المالكي أربعة آراء فقهية حول لزوم الوعد بالعقد وعدم لزومه قضاء . والمشهور من هذه الآراء أنه يعتبر الوعد بالعقد ملزماً للواعد قضاء اذا ذكر فيه سبب، ودخل الموعود تحت التزام مالي بمباشرة ذلك السبب بناء على الوعد. وذلك كما لو وعد شخص آخر بأن يقرضه مبلغاً بسبب عزمه على الزواج ليدفعه مهراً، أو ليشتري به بضاعة، فتزوج الموعود، أو اشترى البضاعة ، ثم نكل الواعد عن القرض فانه يجبر قضاء على تنفيذ وعده (ر : الفروق للقرافي : ج ٤ ص ٢٤ ـ ٢٥، ورسالة الالتزام للحطاب ، وهي منشورة في الجزء الاول من فتاوى فتح العلي المالك للشيخ عليش « بحث مسائل الالتزام »[1]) .

وهذا وجيه جدا ، فانه يبني الالزام بالوعد على فكرة دفع الضرر الحاصل فعلا للموعود من تغرير الواعد: فهو أوجه من الاجتهاد الحنفي

---

(١) ـ وقال اصبغ من فقهاء المالكية : يكفي للالزام بالوعد ذكر السبب من زواج او بناء او غيرهما ، ولو لم يباشر الموعود .

الذي يبني الالزام على الصور اللفظية للوعد هل هي تعليقية أو غير تعليقية ، فان التعليق وعدمه لا يغير شيئاً من حقيقة الوعد[1] .

٦٤٧ ـ القاعدة الحادية والعشرون: «يلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان» (م/٨٣) .

لما روي عن الرسول عليه السلام من قوله : « المسلمون على شروطهم » كما تقدم (ر : ف/٤٨ ب و ٣٢٥) .

والشرط المقصود في هذه القاعدة: هو الشرط التقييدي لا التعليقي (ر : ف/٢٣٩) فيجب احترامه ونفاذه بقدر الامكان .

والمراد بقدر الامكان: أن لا يخالف قواعد الشريعة في نظام العقود .

وقد قدمنا أن الاجتهادات المذهبية مختلفة جداً توسيعاً وتضييقاً في حدود هذه المخالفة والموافقة ، وبالنتيجة فيما هو مقبول او مرفوض من المشارطات العقدية (ف/٢١٨ ـ ٢٢١) ، وأن أوسعها الاجتهاد الحنبلي ، كما أوجزنا نظرية الاجتهاد الحنفي في ذلك ، فليرجع اليها هناك (ف/٢٤٩ ـ ٢٥١) .

---

(١) - في الفقه الاجنبي الحديث يعتبر الوعد بالعقد ملزماً ضمن شرائط معينة (ر : ف / ١٥٤ الحاشية) وبذلك جاءت المادة /١٠٣/ من القانون المدني السوري الذي صدر خلال الطبعة الثالثة من هذا الكتاب .

٦٤٨ ـ القاعدة الثانية والعشرون: «الجواز الشرعي ينافي الضمان» (م/٩١).

الضمان : هو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير.

ومعنى هذه القاعدة أنه لا يترتب على شخص ضمان بسبب فعله او عدم فعله شيئاً اذا كان ذلك منه جائزاً شرعاً، لأن تسويغ الشارع ذلك الفعل او الترك يقتضي رفع المسؤولية عنه، وإلا لم يكن جائزاً.

وعلى هذا فروع كثيرة:

ـ منها: لو حفر انسان في ملكه الخاص حفرة، فتردى فيها حيوان لغيره، فلا يضمنه لأن حفره هذا جائز.

بخلاف ما لو حفر في الطريق العام لأنه يكون عندئذ معتدياً على حق العامة، فيضمن الضرر.

ـ وكذا لو حمل المستأجر الدابة المأجورة قدر المعتاد فهلكت، فانه لا يضمنها لأن فعله جائز، أما لو حملها اكثر من المعتاد فانه يضمنها.

ـ ولو امتنع الملتقط عن تسليم اللقطة لصاحبها حتى يأخذ النفقة التي أنفقها باذن القاضي عليها، فهلكت اللقطة في يده، لم يضمنها ولا تسقط نفقته بهلاكها، لأن امتناعه جائز، أما اذا لم يكن له عليها نفقة فانه يكون معتدياً بالمنع فيضمنها.

وهذه القاعدة فيما يظهر مقيدة بأن يكون الجواز الشرعي جوازاً مطلقاً، فلو كان جوازاً مقيداً فانه لا ينافي الضمان.

ـ ولذلك يضمن المضطر قيمة طعام الغير إذا أكله لدفع الهلاك

عن نفسه كما تقدم (ر:ف/٦٠٢) مع أن أكله واجب لا جائز فقط، وذلك لأن هذا الجواز مقيد شرعاً بحفظ حقوق الغير .

ـــ وكذا يضمن قائد الدابة وراكبها في الطريق العام ما تتلفه بقوائمها او بفمها . وذلك لأن السير في الطريق العام، وان كان جائزاً ، هو مقيد شرعاً بشرط السلامة في كل ما يمكن التحرز منه[1] . (من شرح والدي رحمه الله على القواعد بتصرف وايضاح).

وبهذا التخريج تقل مستثنيات هذه القاعدة . فان الشراح يعدون هذين الفرعين وأمثالها من مستثنياتها .

وعليه كان ينبغي أن يقال في القاعدة : « الجواز الشرعي المطلق ينافي الضمان .

٦٤٩ ـــ **القاعدة الثالثة والعشرون: « الخراج بالضمان» (م/٨٥)**

خراج الشيء : هو الغلة التي تحصل منه كمنافع الشيء ، واجرة الدابة.

والضمان تقدم تفسيره في شرح القاعدة السابقة.

هذه القاعدة نص حديث نبوي رواه عن عائشة أحمد في مسنده ، وأصحاب السنن الأربعة ، والحاكم في المستدرك، وصححه الترمذي.

ومعناه : ان استحقاق الخراج سببه تحمل الضمان : أي تحمل تبعة الهلاك . فمنافع الشيء وغلته يستحقها من يكون هو المتحمل لخسارة هلاك ذلك الشيء لو هلك ، فيكون استحقاق الثمرة في مقابل تحمل الخسارة .

---

(١): ـــ الدر المختار وحاشيته، باب جناية البهيمة من كتاب الديات: ٥/٣٨٦.

وقد ورد هذا الحديث في حادثة خلاصتها ان شخصاً اشترى عبداً واستغله زماناً، ثم وجد فيه عيباً قديماً. فخاصم البائع الى الرسول عليه السلام ، فقضى برده على البائع . فقال يا رسول الله : انه قد استغل غلامي ! فقال عليه الصلاة والسلام : « **الخراج بالضمان** » (ر : كتاب « أقضية رسول الله » للقرطبي في البيوع : ص/٧٦) .

والخراج المقصود بهذا الحكم فيما يظهر : هو ما كان غير متولد ، وذلك كالمنافع والاجرة على ان يكون ايضاً **مستنداً الى حالة مشروعة** ، كالشراء ، وفقاً لما يدل عليه مورد الحديث[1] .

اما الزوائد المتولدة ، كولد الدابة ولبنها وصوفها وثمر الشجر ، فانها تحكم فيها قاعدة شرعية اخرى تجعلها لمالك اصلها المتولدة منه دون نظر الى الضمان وعدمه ، لان من اسباب الملكية التولد من المملوك كما تقدم (ر : ف/١٠٧).

ـــ ولذلك اذا ولدت الدابة المغصوبة عند الغاصب فولدها للمالك لا للغاصب مع ان ضمان هلاكها على الغاصب .

ـــ وكذا لو ولدت الدابة المبيعة عند البائع قبل تسليمها الى المشتري فولدها ولبنها للمشتري ، وليس للبائع أن ينتفع بها او يؤجرها ، مع

(١) ـــ فان كان الضمان جزائياً بسبب غير مشروع كالغصب فانه لا يبيح للضامن خراج الشيء المضمون . ولذا لا تباح للغاصب منافع المغصوب وان كان ضامناً له.

ان ضمان هلاك المبيع قبل تسليمه الى المشتري هو على البائع .

وبهذا التفسير للخراج وحالة ارتباطه بالضمان لاتكون مثل هذه الاحكام مشكلة على القاعدة ومستثناة منها ، لانها خارجة عن المعنى المقصود بنص الحديث .

٦٥٠ - **القاعدة الرابعة والعشرون** : « الغرم بالغنم » (م/٨٧)

هذه القاعدة تعبر عن عكس القاعدة السابقة« الخراج بالضمان» ، فتفيد ان الضمان ايضاً بالخراج : اي ان التكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعاً :

ـ فنفقة رد العارية الى المعير يلتزم بها المستعير . بخلاف رد الوديعة ، فان كلفته على المالك المودع ، لأن الايداع لمصلحته .

ـ واجرة كتابة صك المبايعة على المشتري لأنها توثيق لانتقال الملكية اليه .

ـ ونفقة تعمير الملك المشترك وترميمه على الشركاء بنسبة حصصهم .

وبيت المال يتحمل نفقة اللقيط : وهو الطفل المنبوذ المجهول النسب ، حيث تعود أيضاً تركته الى بيت المال اذا مات .

٦٥١ - **القاعدة الخامسة والعشرون** : « النعمة بقدر النقمة ، والنقمة بقدر النعمة » (م/٨٨) .

الجملة الاولى من هذه القاعدة ترادف قاعدة : « الخراج بالضمان » .

والجملة الثانية منها ترادف القاعدة السابقة : « الغرم بالغنم » .

٦٥٢ - **القاعدة السادسة والعشرون** : « الاجر والضمان لايجتمعان » (م/٨٦) .

الاجر : بدل المنفعة عن مدة ما ، والضمان المقصود هنا :هو الالتزام بقيمة العين المنتفع بها . (ر،: ف/٦٤٨) .

هذه القاعدة حنفية النسب لايتبناها جمهور المذاهب الفقهية الاخرى . وهي عند الحنفية تتصل اتصالاً وثيقاً بنظريتهم المشهورة في عدم ضمان الغاصب منافع المغصوب ، تلك النظرية التي تقدمت الاشارة إليها والى انتقادها (ر : ف/٥٤٤) .

ـــ وعلى هذه القاعدة يفرع الحنفية أنه : لو استأجر شخص دابة مثلاً ليركبها الى مكان معين ، فذهب بها رأساً الى مكان آخر يعتبر متعدياً في حكم الغاصب ، ويخرج عن صفة الامين التي هي الصفة الاصلية شرعاً للمستأجر ، فاذا هلكت الدابة عنده قبل ردها الى مالكها يضمن قيمتها ولا أجر عليه ،لأن الأجر والضمان لايجتمعان .

ـــ وكذا اذا لم تهلك فردها سليمة ولو بعد شهور لا أجر عليه أيضاً ، لأنه كان في حالة مسؤولية بضمانها لو هلكت عنده(ر:أول بحث اجارة الدواب من الفتاوى الخانية ، وقواعد الجزاوي مسائل الاجارة :ص/٨٢) .

يتضح من هذه التفريعات وأمثالها أنه ليس المراد بالضمان في هذه القاعدة الضمان المتحقق الواقع فعلا : أي بان تهلك العين

فيلتزم الشخص بقيمتها ، بل المراد به في النظر الحنفي **كونه الشخص عرضة لضمان العين** ، وذلك بأن يكون بحالة يعتبر فيها هو المسؤول عن قيمة العين ان هلكت، سواء أوقع الهلاك فعلا أم لم يقع : أي أن يكون في حالة تحمل التبعة .

وهـــذا في منتهى الغرابة كما ترى . فهو تفريع نظري محض لم ينظر فيه الى مصلحة التطبيق . فهو يفسح للناس مجال الاحتيـــال للانتفاع بأموال الغير بلا بدل ، فيعقدون الاجارة على غير المنفعة التي يريدون ، ثم يخالفون الى الانتفاع بما يريدون دون التزام بعوض ولا يبالون بضمان المأجور عند الهلاك لأنه نادر .

ولو أن فقهاء الحنفية خصصوا القاعدة بحالة وقوع الضمان وتحققه ، كما اذا هلكت الدابة مثلا في هذه الحال والتزم المستأجر بقيمتها لكان لها وجه ، اذ يقال ان ضمان الاصل تندمج فيه المنافع مع أن ذلك أيضاً غير قوي .

وجمهور المذاهب الاخرى يجتمع في نظرها الاجر والضمان . ففي هذه الحادثة مثلا يلتزم المستأجر بأجر المثل عن المنافع التي استوفاهـا بلا حق بحسب المـدة ، ويضمن فوق ذلك قيمـة الاصل يوم الهلاك اذا هلك . (ر : المغني والشرح الكبير ، كتـــاب الغصب : ج ٥ ص/٤٠٢ و ٤٣٦) .

على أن الحنفية يقيدون هذه القاعدة بأن لا يكون الأجر قـد

استقر على الشخص قبل صيرورته في حالة ضمان للعين . فإذا كان الاجر المسمى قد استقر عليه قبلا ، كما لو استوفى المنفعة المعقود عليها اولا ، ثم تجاوز حتى صار متعدياً في حكم الغاصب ، فإنه — وان اصبح متحملاً لتبعة هلاك المأجور — يلزمه الاجر عندهم إذا لم يهلك .

أما اذا هلك المأجور بعد التعدي قبل الرد الى المالك، فإنه يضمنه ولا أجر عليه عندئذ على كل حال، لاندماج ضمان المنافع في ضمان الاصل.

٦٥٣ — **القاعدة السابعة والعشرون** : « لايجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا اذن » (م/٩٦) .

عبارة القاعدة في المجلة « بلا اذنه » أي اذن المالك .

وقد رجحنا حذف الضمير ليشمل اذن الشرع .

التصرف في ملك الغير إما فعلي ؛ وإما قولي بطريق التعاقد .

أ) — فالتصرف الفعلي في ملك الغير ، بالأخذ ، أو الاستهلاك ، أو الحفر في الأرض ونحو ذلك ، دون اذن يعتبر تعدياً . والمتصرف في حكم الغاصب ضامن للضرر .

وقد يكون مصدر الاذن الشرع أو العرف ، كما لو ذبح الراعي شاة اصيبت ولا ترجى حياتها ، فإنه لايضمن (ر : القواعد الفقهية للشيخ محمود الحمزاوي في مسائل الغصب: ص/١٩١) .

ب) واما التصرف القولي بطريق التعاقد ، كبيع مال الغير أو

هبته او رهنه او اجارته او اعارته او ايداعه او غير ذلك ففيه تفصيل:
— فإن أعقبه من المتصرف تنفيذ بالتسليم أصبح تصرفاً فعلياً، وأخذ حكم الغصب .
— وان بقي تصرفه في حيز القول كان فضولاً . والمتصرف الفضولي يتوقف عقده على اجازة المالك . ولا شيء على المتصرف إذ لا ضرر للمالك من هذه التصرفات القولية المحضة ما دام الخيار له في قبولها او رفضها .

والاجازة تلحق الافعال كالأقوال، فالتصرف الفعلي بلا اذن المالك اذا اجازه المالك بعدئذ انقلب مأذوناً .

ونفاذ تصرف الولي او الوصي على القاصر ليس استثناء من القاعدة بل هو مأذون به شرعاً لأنه مستند الى ولاية .

يتضح من ذلك أن عدم الجواز ، المعبر به في هذه القاعدة ، يفسر بمعنيين مختلفين بحسب كون التصرف فعلياً أو قولياً :
— ففي حالة التصرف الفعلي دون اذن المالك يفسر عدم الجواز بمعنى المنع الموجب للضمان .
— وفي حالة التصرف القولي يفسر عدم الجواز بمعنى عدم النفاذ.

ما يتفرع عنها من القواعد

٦٥٤ - (أ) - « الامر بالتصرف في ملك الغير باطل » (م/٩٥)
لان فاقد الشيء لا يعطيه ، فمن لا يملك التصرف لا يملك الأمر به.

ـــ وعلى هذا لو أمر شخص غيره بأن يأخذ مال آخر ، أو يلقيه في البحر أو يحرقه ، أو أن يذبح شاته ، فلا عبرة لأمره والضمان على الفاعل .

هذا اذا كان المأمور عالماً بأن المال لغير الآمر . أما لو لم يكن عالماً وأوهمه الآمر أنه له ، كما لو قال له : اذبح **لي شاتي** هذه (بياء المتكلم) ، فان لصاحب المال تضمين المأمور ، وللمأمور أن يرجع على الآمر بما ضمن لتغريره اياه .

ـــ ومن الفروع الفقهية المهمة لهذه القاعدة ما لو أودع شخص بعض ماله وقال للوديع : اذا أنا مت فادفعه لابني ، ففعل ، وكان للميت المودع وارث آخر ، فان الوديع يضمن ، لأن الوديعة بعد موت المودع تصبح ملك الورثة جميعاً ، فأمره بالدفع الى احدهم باطل .

وكذا لو أمره بدفعه الى أجنبي غير وارث . (من شرح والدي رحمه الله على القواعد نقلا عن الفصل /٢٨/ من جامع الفصولين).

ـــ ولو قال الدائن للمدين : ارم ديني في البحر فرمى هذا مقدار الدين لم يبرأ ، لأن الدين شاغل للذمة اعتباراً ، وليس متعلقاً بعين مال المدين . فقد رمى مال نفسه ، والامر باطل ، وعليه دفع الدين . (ر : شرح هذه القاعدة للعلامة علي حيدر).

على أن هذه القاعدة مقيدة بأن لا يكون **الآمر مجبراً** كما سنرى في القاعدة /٢٨ .

٦٥٥ – (ب) – « لايجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي » (م/٩٧) .

لأنه اذا لم يكن للشخص حق **التصرف الفولي** في مال الغير بلا اذنه كما افادته القاعدتان السابقتان فبمقتضى الاولوية ليس له أخذ مال الغير بلا مسوغ شرعي .

فاذا أخذه كان ضامناً حتى يرده ، لقول الرسول عليه السلام : « **على اليد ما أخذت حتى تؤديه** » . رواه احمد في مسنده وأصحاب السنن الأربعة (ر : ف/٤٧ب).

ـــ وعلى هذا يلزم رد بدل الصلح [1] اذا اعترف قابضه بعد الصلح أنه لم يكن له حق .

ـــ وكذا يجب رد ما دفعه الانسان على ظن أنه مدين ثم تبين خلافه كما تقدم (ر : ف/٥٨٤) .

ـــ وإذا التقط الشخص اللقطة لنفسه كان غاصباً ضامناً . فيجب أن يلتقطها بقصد حفظها وتعريفها وردها لصاحبها متى ظهر . وإن لم يظهر صاحبها فسبيلها الصدقة .

ـــ وعلى هذا أيضاً كان التقادم (أي مرور الزمان) إنما يمنع فقط سماع الدعوى بالحق أو بالعين أمام القضاء . ولكن المدعى عليه لا يسقط عنه الحق ولا يتملك الشيء بالتقادم ، بل عليه رده في حكم

---

(١) **بدل الصلح** : هو ما يتفق المتصالحان على أن يدفعه أحدهما للآخر حسماً للنزاع في الحق المتنازع فيه (ر : ف/٢٨٤) .

الديانة ، لأن التقادم ليس سبباً مملكاً من أسباب الملكية وإنما هو حاجز قضائي كما تقدم بيانه (ر : ف/١٠٢) .

أما إذا كان أخذ مال الغير مستنداً الى حق ثابت فانه يجوز ولو دون رضى صاحب المال .

بل قد أفتى المتأخرون بأنه يجوز من جهة الديانة أخذ الدائن حقه الصحيح الثابت من مال المدين المماطل أو الجاحد اذا دخل في يد الدائن ولو بدون علم المدين ، ومن غير جنس الدين ، وليس مقضياً به ، وذلك لفساد الذمم كما تقدم ، وإن كان نظام القضاء في الشريعة لا يقر له هذا الأخذ . وهذا مما يختلف فيه حكم الديانة عن القضاء (ر : ف/٤ و ١٠٨/الحاشية الاخيرة) .

٦٥٦ ــ القاعدة الثامنة والعشرون : « يضاف الفعل الى الفاعل لا الآمر ، ما لم يكن مجبراً » (م/٨٩) .

وذلك لأن الآمر اذا كان مجبراً كان المأمور في حكم الآلة . (ر : الدر المختار وحاشيته في الاكراه: ٥/٨٥) .

المراد بالفعل هنا مافيه تعد على مال أو نفس :

ــ فلو أمر شخص آخر باتلاف مال الغير ، أو بحفر حفرة في الطريق العام فوقع فيها حيوان ، أوبارتكاب جريمة ففعل ذلك ، كان المأمور هو المسؤول الضامن ، لأنه هو الفاعل دون الآمر .

ــ ومن أمر غيره بعقد متعلق بالمأمور نفسه كان المأمور العاقد

هو الملتزم بعقده ولو أن العقد في غير مصلحته .

ـــ بخلاف ما لو أكرهه الآمر على العقد ، فان له الخيار في الامضاء أو الفسخ بعد زوال الاكراه .

ومتى أضيف الفعل الى الآمر لكونه مجبراً (بصيغة الفاعل) ترتبت في حقه مسؤولية المكره (بصيغة الفاعل) المفصلة في بحث الاكراه من الكتب الفقهية ، بحسب كون الاكراه ملجئاً أو غير ملجيء ، وكونه إكراهاً على تصرف قولي أو على فعل . وقد تقدمت خلاصة عنها في بحث الاكراه من عيوب الرضى في نظرية العقود ، وفي شرح القواعد (ر: ف/١٨٥ و ٦٠٠).

ـــ والفروع الفقهية تدل على أن القاعدة مقيدة بأن لا يكون الفعل المأمور به لمصلحة الآمر ، وإلا كان الأمر عندئذ في حكم الوكالة يقوم فيها المأمور مقام الآمر في حدود الامر ، وينفذ عليه تصرفه .

وذلك كما لو أمره بقضاء دين على الآمر ، أو بالانفاق عليه أو بناء داره مثلاً ، فان المأمور عندئذ يكون كوكيل يرجع على الآمر بما دفع أو أنفق .

ـــ والاكراه الذي يضيف الفعل الى الآمر قد يكون حكمياً تقديرياً كما لو كان الآمر سلطاناً ، فان أمره إكراه (ر : قواعد الحمزاوي مسائل الغصب ص/١٩٦) .

ـــ ومثل ذلك ما لو كان الآمر بالغاً عاقلاً ، والمأمور قاصراً صبياً أو مجنوناً ، فان المأمور يضمن أولاً نتائج ما يفعل أو يتلف ، ولكنه يرجع على الآمر ، لأن أمر الكبير العاقل للقاصر في حكم الاكراه .

بخلاف ما لو كان الآمر صبياً مثله ، فان أمره غير معتبر ، والضمان يستقر على المأمور .

ـ ومثل الاكراه في الحكم التغرير ، كما لو قال له: احفر لي في هذا الجدار ، أو في جداري هذا (بياء المتكلم) ، وكان الجدار لغيره والمأمور لا يعلم ، فانه يضمن ويرجع على الآمر .

بخلاف ما لو قال له : « احفر في هذا الجدار » ، فانه لا تغرير فيه، والضمان على المأمور ، **الا ان يكون الآمر ساكنا في الدار** ، فيكون عندئذ تغريراً أيضاً ، لأن سكناه قرينة توهم المأمور ان الدار للآمر.

وعلى هذا كان ينبغي أن يقال في القاعدة: «**مالم الآمر مجبراو مغررا**» .

وفي كل موطن يضاف فيه الفعل الى الامر ، فان الخصومة القضائية في الضمان تكون **مع المأمور** : أي تقام الدعوى من المتضرر على المأمور لا على الآمر . فيضمن المأمور أولاً لأنه مباشر ، ثم يرجع على الآمر. (من شرح والدي رحمه الله نقلاً عن رسالة « التحرير في ضمان الآمر والمأمور والأجير » للعلامة الشيخ محمود الحمزاوي[1] .

٦٥٧ ـ القاعدة التاسعة والعشرون : « المباشر ضامن وان لم يتعمد » (م/٩٢) .

المباشر : هو الذي يحصل الأثر بفعله . والمراد به في القاعدة من

---

(١) ـ هذه الرسالة مطبوعة في دمشق سنة /١٣٠٣ ﻫ .

يباشر عملا مضراً بغيره .

فمن باشر إتلافاً بأي طريقة كانت فهو ضامن سواء أكان عامداً او مخطئاً :

ـ فلو زلقت رجل انسان فسقط على شيء لغيره فأتلفه أو أضره، او طارت شرارة من دكان حداد فأحرقت ثوب شخص، او انقلب طفل على آنية شخص فكسرها، كان كل اولئك ضامنين ما أتلفوا او أفسدوا (ر : ف/٤١٣ و ٤٢٣) .

٦٥٨ **القاعدة المتممة للثلاثين** : «المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد» (م/٩٣) .

المتسبب في حادثة : هو الذي يفعل ما يؤدي إليها، ولا يباشرها مباشرة. والنظر الشرعي في التسبب لضرر الغير أنه :

(أ) ـ اذا انفرد التسبب في الميدان كان من موجبات الضمان **بشرط أن يكون المتسبب متعدياً** .

ـ مثال ذلك ما لو حفر شخص حفرة في الطريق العام بدون اذن ولي الأمر ، او باذنه ولكنه اهمل بعض القيود ، كما لو اذن له بالحفر على ان يضع حواجز حول الحفرة فلم يضعها، فوقع فيها حيوان او شخص اعمى . فان المتسبب ، وهو الحافر ، يضمن ضرر الانفس والاموال.

ـ وكذا لو قطع شخص حبل قنديل معلق فسقط ، او شق زق سمن فسال ، او فتح باب قفص او اصطبل حتى فر الطائر او الدابة ، فانه يضمن في كل ذلك .

(ب) ـ فاذا لم يكن المتسبب معتدياً، كمن حفر حفرة في ارضه فدخل حيوان لجاره وسقط فيها، او حفر حفرة في الطريق العام باذن ولي الامر وحوط حولها، فسقط فيها شخص او حيوان ، فلا ضمان عليه (ر : شروح المجلة للعلامة علي حيدر وغيره م/٩٢-٩٣) .

يستخلص مما تقدم في هذه القاعدة والتي قبلها ان التعدي هو الاساس الملحوظ للتضمين في حالتي المباشرة والتسبب على السواء، وان التعدي يكون:

١) ـ اما بتجاوز الفاعل على الشخص المضرور او على حقوقه رأساً كما في حالة المباشرة .

٢) ـ وإما بتجاوزه الحدود المأذون بها شرعاً حتى تفضي الى ضرر الغير ، كما في حالة التسبب .

ومتى وجد التعدي لاينظر بعد ذلك الى التعمد والقصد ، لأن حقوق الغير مضمونة شرعاً في حالتي العمد والخطأ ، بل حتى في حالة الاضطرار المبيح للمحظورات كما تقدم (ر:ف/٦٠٣).

فالفروع الفقهية تفيد أن كلاً من المباشرة والتسبب لضرر الغير موجب للضمان متى وجد التعدي بمعناه المشروح، سواء قصد الفاعل الفعل او الضرر قصداً معتبراً ام لم يقصد .

ولذا لو صاح المجنون بدابة احد حتى جفلت واضرت بمال او نفس كان ضامناً في ماله ،وان لم يستحق عقوبة ، مع انه في ذلك متسبب تسبباً وليس مباشراً ، ولا يعتبر له قصد الى فعل او ضرر .

يتضح من ذلك أن التعبير بلفظ « **التعمد** » الوارد في «قاعدة المتسبب» هذه انما المراد به معنى التعدي لا معنى "القصد" ، وهو تعبير غير سديد لاسيما في قاعدة ، لأنه موهم . ولم أر من نبه على ذلك من الشراح .

(ج) ـــ وأما اذا لم ينفرد التسبب بل اجتمع في الحادثة متسبب ومباشر فهذا موضوع القاعدة التالية :

٦٥٩ ـــ **القاعدة الحادية والثلاثون** : « اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر » (م/٩٠) .

واجتماع المتسبب والمباشر في حادثة يكون بأن يتخلل بين عمل المتسبب وحدوث الحادثة **فعل شخص آخر مختار** .

فهذا الشخص عندئذ يكون مباشراً ، فيضاف الفعل اليه لأنه ألصق به من المتسبب السابق ، ويكون هو الضامن للضرر ولو كان المتسبب أيضاً معتدياً ، لوجود من هو أولى بتحمل التبعة وهو المباشر .

وعلى هذا : لو حفر شخص في الطريق العام دون إذن ، فجاء شخص آخر وألقى في الحفرة حيواناً لغيره ، كان هذا الملقي هو الضامن دون الحافر .

بخلاف ما لو سقط الحيوان من نفسه ، فان الحافر يضمن لانفراد التسبب .

ـــ وكذا لو دل شخص لصاً على مال غيره فسرقه ، فالضمان على اللص لا على الدال .

بخلاف مالو دل الوديع على مكان الوديعة التي عنده لصاً فسرقها، فان الوديع يضمن هنا لأنه متعهد بالحفظ ، وهذه الدلالة خيانة أو تقصير ، فتوجب عليه الضمان ولصاحب الوديعة تضمين اللص أيضاً إن عرف لانه مباشر ضامن على كل حال .

٦٦٠ - **القاعدة الثانية والثلاثون** : « جناية العجماء جبار » (م/٩٤)

هذه القاعدة حديث نبوي لفظه : « **العجماء جرحها جبار** » أخرجه البخاري ومسلم ومالك وأحمد في مسنده ، وأصحاب السنن الأربعة عن أبي هريرة رضي الله عنه .

والعجماء : البهيمة . وجرحها معناه هنا : ما يصدر عنها من ضرر.

ومعنى كونه « جباراً » (بضم الجيم) أنه هدر لا مؤاخذة فيه ولا ضمان.

(أ) ـــ المراد بالقاعدة : ما تفعله البهائم من تلقاء نفسها .

ـــ وذلك كما لو قطعت رباطها وشردت أو جفلت ، أو نفحت برجلها ، فأضرت أحداً ، فلا ضمان على صاحبها .

ـــ وكذلك لو اغتالت هرة شخص طائر غيره ، أو ربط شخصان دابتيهما في مكان مأذون بالربط فيه فأتلفت احداهما الاخرى ، فلا ضمان على أحد .

(ب) ـــ أما لو كانت جناية العجماء منبعثة عن فعل انسان ، كما لو كان الشخص راكباً للدابة ولو في أرضه فداست شيئاً للغير ، فانه ضامن ، لأنه يعتبر مباشراً .

ـــ وكذا لو أجفلها فضربت أحداً ، فانه يضمن جنايتها ، لأنه متسبب باجفالها .

(ر : باب جناية البهيمة والجناية عليها في كتاب الديات في الدر المختار وحاشيته ٥/٣٨٧)

٦٦١ القاعدة الثالثة والثلاثون : « الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة » (م/٥٩) .

فلا يملك القاضي أن يتصرف في مال القاصر او الوقف معوجود الوصي او المتولي .

وقد تقدم الكلام على هذه القاعدة في نظرية الاهلية والولاية (ر : ف/٤٧٢)

الاستثناءات :

ـــ ويستثنى من القاعدة ان للقاضي حق ايجار عقار الوقف مدة طويلة عند الحاجة الى التعمير ، وليس للمتولي ذلك .

ـــ وكذا للقاضي اقراض مال القاصر. وليس للاب أوللوصي ذلك (ر : ف/٤٣٢) .

والسبب في هذا الاستثناء أن صيانةمال الاوقاف والايتام هي من الحق العام ، فتجاوز الحدود المسموحة للاولياء والاوصياء، والقوام يعود الى تقدير الولي العام . ولذا كان للقاضي محاسبتهم وعزلهم عند الاقتضاء بمقتضى النظر العام(الولايةالعامة)،وإن كان ليس له ان يباشر

العقود عنهم مع وجودهم (من شرح والدي رحمه الله على القواعد) .

٦٦٢ ـــ **القاعدة الرابعة والثلاثون** : « التصرف على الرعية منوط بالمصلحة » (م/٥٨)

هذه القاعدة ترسم حدود الادارة العامة والسياسة الشرعية في سلطان الولاة وتصرفاتهم على الرعية . فتفيد أن اعمال هؤلاء الولاة وتصرفاتهم النافذة على الرعية الملزمة لها في حقوقها العامة والخاصة يجب ان تبنى على مصلحة الجماعة وتهدف الى خيرها .

ذلك لأن الولاة ، من الخليفة فمن دونه من العمال الموظفين في فروع السلطة الحكومية ، ليسوا عمالا لأنفسهم، وانما هم وكلاء عن الامة في القيام بأصلح التدابير لإقامة العدل ، ودفع الظلم ، وصيانة الحقوق والاخلاق ، وضبط الامن ، ونشر العلم ، وتسهيل المرافق العامة ، وتطهير المجتمع من الفساد ، وتحقيق كل ماهو خير للامة في حاضرها ومستقبلها بأفضل الوسائل ، مما يعبر عنه بالمصلحة العامة .

فكل عمل او تصرف من الولاة على خلاف هذه المصلحة ، مما يقصد به استئثار أو استبداد، أو يؤدي الى ضرر اوفساد، هو غير جائز

ـــ فليس لولي الأمر أن يعفو عن عقوبات الحدود مطلقاً، ولا عن غيرها من الجرائم او العقوبات اذا كان في ذلك تشجيع على الاجرام واستخفاف بنتائجه .

ـــ وكذا ليس له ان يهدر الحقوق الشخصية للمجني عليهم بحال من

الاحوال ، ولا أن يبطل أقضية القضاة .

ـــ وكذا ليس لإمام أو أمين أو قاض ان يمنع محاسبة من تحت أيديهم أموال العامة او القاصرين، كالمتولين على الاوقاف وكالاوصياء

ـــ ولا أن يسمح بشيء من المفاسد المحرمة شرعاً ، كالفسق والخمر والقمار ، ولو بحجة جباية الأموال والضرائب منها .

ـــ ولا أن يولي غير امين، او غير كفي، عملا من الاعمال العامة .

والأصل في ذلك قول الرسول عليه السلام :

« ما من عبد يسترعيه الله عز وجل رعية يموت وهو غاش رعيته إلا حرم الله تعالى عليه الجنة » (رواه البخاري ومسلم) .

وقوله عليه السلام أيضاً : «مامن امير يلي امور المسلمين ، ثم لم يجهد لهم وينصح لهم كنصحه وجهده لنفسه، إلا لم يدخل معهم الجنة » رواه مسلم والطبراني. (وجملة« *كنصحه وجهده لنفسه* » في رواية الطبراني) .

وقوله عليه السلام : «من استعمل رجلا من عصابة (اي جماعة) ، وفيهم من هو أرضى لله منه ، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين » .

(رواه الحاكم في الأحكام عن ابن عباس)

وقوله صلى الله عليه وسلم : «لاطاعه لمخلوق في معصية الخالق ».

(رواه أحمد في المسند من حديث عمران والحكم بن عمرو الغفاري).

٦٦٣ ــ **القاعدة الخامسة والثلاثون** : « يقبل قول المترجم مطلقاً » (م/٧١) .

المترجم والترجمان : هو الذي يفسر لغة بأخرى .

فاذا كان أحد المتداعيين أو كلاهما ، أو الشهود أو بعضهم ، لغتهم غير لغة الحاكم يعتمد الحاكم ترجماناً ينقل اليه الكلام .

فهذا الترجمان مؤتمن وقوله حجة . بشرط أن تتوافر فيه صفتان:

١) ــ أن يكون عدلاً غير فاسق ، لأن الفاسق غير مؤتمن .

٢) ــ وأن يكون عالماً باللغتين علماً كافياً يؤمن معه الخطأ او الخلط .

ولا يشترط تعدد التراجمة كنصاب الشهاد، بل يكتفى بالمترجم الواحد.

ومعنى الاطلاق الوارد في القاعدة أنه يقبل قول المترجم في جميع أنواع الدعاوى والبينات ، رجلاً كان أو امرأة .

وقد استثنى الفقهاء الجرائم الموجبة لعقوبات **الحدود** ، فاشترطوا في المترجم في دعاويها واثباتها أن يكون رجلاً ، زيادة في الاحتياط .

٦٦٤ ــ **القاعدة السادسة والثلاثون** : « دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه » (م/٦٨) .

ان لهذه القاعدة صلة وثيقة بمبدأ القضاء بالقرائن .

الامور الباطنة : هي الحقائق الخفية المحجوبة التي يتعذر أو يتعسر الاطلاع عليها، مع أنها تختلف بوجودها وعدمها الاحكام، وتحتاج الى اثبات.

فالنظر الشرعي أن ما كان كذلك لا يبحث عن حقيقة وجوده في الواقع بل ينظر الى دلائله ، فيقوم وجودها مقام وجوده ، وترتبط

الاحكام بتلك الدلائل وجوداً وعدماً ،ولا يلتفت الى احتمال خلافها:

ـــ فالارادة الحقيقية مثلاً في العقود هي خفاء ، فيقوم دليلها وهو الارادة الظاهرة بالايجاب والقبول مقامها ، فينعقد بها العقد ، مالم يتحقق انتفاء الارادة الحقيقية كما تقدم (ر : ف/١٧٦) .

ـــ واستعمال القاتل آلة قتالة دليل على قصده القتل ، فلا يقبل منه ادعاء الخطأ ، بل يقوم وجود الآلة القتالة مقام القصد الباطني الخفي.

ـــ وترك الادعاء بالحق مدة التقادم مع عدم المانع من الادعاء دليل أن المدعي غير محق في الواقع . فلا تقبل دعواه ، إلا أن يقر خصمه فتنتفي الريبة (ر/ف١٠٢) .

من أين لك هذا ؟

ـــ ومن الفروع المهمة لهذه القاعدة في أعمال الادارة العامة أن عمال الحكومة ، وجباة بيت المال، ومتولي الاوقاف وكتبتها ونحوهم اذا ظهرت عليهم مظاهر الغنى وبنوا الابنية دون أن يعرف لثرائهم مصدر ، كان ذلك دليلا على خيانتهم وارتشائهم . فيجوز عزلهم ومصادرة اموالهم ، مالم يثبتوا لها مصدراً (من شرح والدي رحمه الله على القواعد نقلاً عن الدر المختار قبيل بحث كفالة الرجلين من كتاب الكفالة[1] .

(١) — وقد فعل ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فكان اذا استعمل عاملًا (موظفاً) أحصى ماله في سجل مكتوب . ثم اذا وجد عنده فضلًا ليس له مصدر صادره أو شاطره إياه على حسب قوة التهمة ، ووضعه في بيت المال .

وقد مر عمر ببناء يبنى بالحجارة والجص ، فقال : لمن هذا ؟ فذكروا عاملًا له على البحرين ؟ فقال : **أبت الدراهم إلا أن تخرج أعناقها** » وشاطره ماله . =

٦٦٥ — القاعدة السابعة والثلاثون: «المرء مؤاخذ بإقراره» (م/٧٩).

وذلك اذا كان عاقلا كامل الاهلية ، لأن المفروض أنه أعلم من غيره بما فعل من أسباب الالتزام ، وبما عليه من حقوق . وأن له ولاية على الزام نفسه بما يشاء من طريق الانشاء ، بالعقود وغيرها من الأسباب المنشئة ؛ فله ، بل عليه شرعاً ، أن يكشف الحجاب عن الالتزامات المستقرة عليه، لأن كتمان حقوق الناس وهضمها حرام

= وكان يقول : **« لي على كل خائن أمينان : الماء والطين » !**

وقد صادر الحارث بن وهب الليثي ، وقال له :

– «**ماقلاص وأعبد بعتها بمائة دينار ؟** » [« **القلاص** » (بكسر القاف) جمع « قلوص » (بفتح القاف) ، وهي الناقة الفتية .

– قال : خرجت بنفقة لي فاتجرت فيها .

– قال : **إنا والله مابعثناك للتجارة ، أدها .**

– قال : أما والله لا اعمل لك بعدها .

فقال عمر : **أنا والله لأستعملك بعدها !!**

(ر : سيرة عمر بن الخطاب للأستاذين القاضيين الاخوين علي وناجي الطنطاوي : ج ١ ص/٢٣١ – ٢٣٣/ والاصابة ٤/٢٢٠ وعيون الاخبار لابن قتيبة ١/٥٣) .

وهذا مايعبر عنه المعاصرون اليوم بقاعدة: «**من أين لك هذا ؟**» ، ويطالبون بسن قوانين تسوغه ، بعد ان اصبح كثيرون من رجال الحكم والموظفين على غنى واسع جديد لايعرف له مصدر عندهم سوى الخيانة واستغلال الوظيفة.

وقد كان في هذه المبادىء والاحكام الشرعية العلاج التشريعي المطلوب .

وقد صدر لدينا فعلًا قبل هذه الطبعة بعد الوحدة بين مصر وسورية « قانون الكسب غير المشروع » سنة ١٩٥٨/م أوجب على كل موظف ومن سيتوظف تقديم بيان يحصي فيه كل مالديه من أموال له أو لزوجته او لأولاده .

ومن الادلة النصية الدالة على هذه القاعدة قوله تعالى في آية المداينة من سورة البقرة ، وبعد ارشاده الى توثيق المداينة بالكتابة :

« وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه » .

فقد أمر المدين بالاملال ـــ أي الاملاء ـــ واعتبر ذلك توثيقاً للدين . وهذا معنى المؤاخذة بالاقرار (ر : المبسوط للسرخسي في أول كتاب الاقرار) . وهناك نصوص من السنة كثيرة .

هذا ، وقد تقدمت تطبيقات هذه القاعدة في مناسبات كثيرة كافية.

٦٦٦ ـــ **القاعدة الثامنة والثلاثون** : « الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان » (م/٧٥) .

المراد بالبرهان : **الادلة القضائية المثبتة** التي تسمى : بالبينات .

أي أن ماثبت لدى القاضي في مجلس القضاء بالبينة ، من الحوادث أو نتائجها الشرعية ، يعتبر أمراً واقعاً كأنه محسوس مشاهد بالعيان . فيقضى به اعتماداً على هذا الثبوت ، وان كان هناك احتمال خلافه بسبب من الأسباب ، ككون الشهود كذبة متسترين بالصلاح ؛ أو كوجود سبب مبرىء في الواقع لم يطلع عليه أحد ، ونحو ذلك من الاحتمالات. ذلك لأن كل هذه الاحتمالات تبقى في حيز الموهومات بالنسبة للبينة الظاهرة ، وقد تقدم أنه « لاعبرة للتوهم » (ر : ف/٥٨٢) وان مهمة القضاء البناء على مايظهر ويثبت لديه ، وليس القاضي مكلفاً باكتناه الحقائق في الواقع فان هذا ليس في طاقته .

وقد تقدم قول الرسول عليه السلام : انكم لتختصمون إلي ، وعسى أن يكون بعضكم ألحن بحجته من الآخر فأقضي له على نحو ما أسمع » الخ ... (ر : ف/٣) .

ونتائج كون الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان ثلاث :

١) ــ أن لايقبل من المدعى عليه انكار بعد ذلك الثبوت .

٢) ــ وأن لا يسمع منه بعد القضاء ادعاء بخلاف ماقضي عليه به، إلا بسبب جديد . (ر : « الطريقة الواضحة الى البينة الراجحة » للحمزاوي بحث « تهاتر البينات » ص/٢٢٩) .

٣) ــ وأن يسري الاثبات بالبينة على غير المقضي عليه بها من ذوي العلاقة الذين تجمعهم وحدة السبب الموجب ، فيعتبر الموضوع ثابتاً بالنسبة اليهم أيضاً ، كما سنرى .

ما يتفرع عنها من القواعد

٦٦٧ – « البينة حجة متعدية ، والاقرار حجة قاصرة » (م/٧٨ .)

قلنا في شرح القاعدة السابقة : إن البينة هي الدليل القضائي المثبت .

وقد تقدم أيضاً معنى كون الاقرار حجة قاصرة في مناسبات عديدة ، كمن أقر بدين مشترك عليه وعلى غيره ، فان اقراره هذا ينفذ على نفسه فيؤاخذ به في ماله ولا يسري على رفيقه ما لم يصدقه .

(ر : ف/١٦ و ٥٦٠ و ٦٣٩ ح ، وسنوضحه قريباً أيضاً) .

أما ما يثبت من الحقوق بالبينة امام القاضي فانه يعتبر هو الحقيقة الواقعية ، بل يعتبر كالمشاهد بالعيان بمقتضى القاعدة السابقة ، وحينئذ يحتج به على غير المقضي عليه أيضاً .

٦٦٨ ـ **القاعدة التاسعة والثلاثون** : البينة لإثبات خلاف الظاهر ، واليمين لإبقاء الأصل » (م/٧٧)

سنرى قريباً في الفصل التالي معنى : (الظاهر ، وخلاف الظاهر والأصل) .

ومعنى هذه القاعدة يتضح من القاعدة التالية المتفرعة عنها :

ما يتفرع عنها من القواعد

٦٦٩ ـ **« البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر »** (م/٧٦)

هذه القاعدة بنصها لفظ حديث نبوي كما تقدم (ر : ف/٤٧) .

إن المدعي هو الذي يزعم خلاف الظاهر ، فعليه الاثبات بالبينة ، كما أفادته القاعدة الأساسية السابقة .

أما المدعى عليه فانه بإنكاره متمسك بالحالة الأصلية وهي براءة ذمته من المسؤولية . فيجب قبول قوله الى أن يثبت شغل ذمته بسبب طارىء .

ولكن لاحتمال كذب المدعى عليه في الانكار يوثق قوله باليمين اذا طلب المدعي تحليفه عند عجزه عن الاثبات .

وهذا مبدأ عام : أن من كان القول له فهو خاضع لليمين إلا في مستثنيات محدودة[1] .

٦٧٠ ــ القاعدة المتممة الاربعين : « لاحجة مع التناقض ، لكن لايختل معه حكم الحاكم » (م/٨٠) .

التناقض: هو أن يصدر عن الشخص كلامان ينقض أحدهما الآخر .

وللتناقض بحث كبير ، وأحكام مفصلة وتطبيقات وتفريعات واسعة النطاق في مباحث الدعوى والشهادة والاقرار من الكتب الفقهية .

ــ والتناقض المقصود في هذه القاعدة هو تناقض الشاهد في شهادته المثبتة للدعوى :

فاذا وقع التناقض في شهادة الشاهد قبل القضاء بها ، كما لو شهد في دعوى الدين مثلاً أن الدين قرض ، ثم قال : إنه ثمن مبيع ، انهدم الاحتجاج بشهادته وامتنع القضاء بها .

---

(١) ــ من هذه المستثنيات ما اذا رجع الواهب في هبته وطلب القضاء له باستردادها ، فزعم الموهوب له هلاك الموهوب ، فالقول له في الهلاك بلا يمين .

(ر : قواعد الخزاوي في مسائل الهبة، والدر المختار باب الرجوع في الهبة).

والمبدأ الفقهي في هذا الاستثناء أن **كل من ادعى امراً يملك انشاءه في الحال** فالقول له فيه بلا يمين .

فالشخص الموهوب له هنا يملك استهلاك الموهوب في الحال دون مسؤولية مادام ملكاً له قبل القضاء برده الى الواهب ، فلا فائدة من تحليفه ، إذ لو كان كاذباً في زعم الهلاك لاستطاع استهلاكه الآن بلا ضمان .

وأما إذا ظهر التناقض في البينة بعد القضاء بهـا ، كما لو رجع الشهود عن شهادتهم ، أو اعترفوا بمايكذبها بعد القضاء ، فان القضاء الواقع لايبطل ، بل يضمن الشهود للمحكوم عليه ما حكم عليه به ٠

ويشترط في رجوع الشاهد أن يكون أمـام القاضي ، فلو أظهر الرجوع خارج مجلس القضاء فلا عبرة لرجوعه لا قبل الحكم ولا بعده (المجلة/١٧٣١) ٠

وإنما لم يبطل القضاء لأنه لايمكن الجزم بأن كلام الشهود الثـاني الناقض لشهادتهم الاولى هو الصحيح دون الأول ٠ فلو جاز الإبطال لأمكن الغاء كثير من الأقضية عن طريق إغراء الشهود ٠ ولذا كان من القواعد أن **القضاء يصان عن الالغاء ما أمكن** .

٦٧١ ــ انتهى تصنيف وشرح القواعد التسع والتسعين التي صدرت بها المجلة .

وإن هذه القواعد الاخيرة الباحثة عن الأدلة وتوزيع البينة واليمين بين الخصمين بالنظر إلى : « الأصل » و «الظاهر» و «خلاف الظاهر»، وعن الاقرار وقصوره ،والبينة وتعديها ، ومايتصل بذلك، هي القواعد التي تتضمن فلسفة نظام الاثبات في الشريعة الاسلاميـة ، والترجيح القضائي بين مزاعم الخصمين المتدافعة .

ومن المفيد ، لكي تكون هـذه القواعد الست الاخيرة المتعلقـة بالاثبات واضحة المفاهيم والمباني والاهداف، أن نعالج مباني الترجيح

والاثبات القضائي ، والمرجحات الابتدائية ، والمثبتات النهـــائية ، وقوة كل منها ، ببحث تحليلي يكشف عما فيها من عناصر ، وما بينهـا من أواصر ، حتى تصبح هذه القواعد المتعلقة بنظام الاثبات مفهومة واضحة ، وكذا مايتصل بها من القواعد السابقة التي تتضمن مايسمى في اصطلاح الاثبات : « **أصولا ، أو ظواهر** » يرتكز عليها القضاء في طريق الاثبات . وهذا ما سنحاوله في الفصل الثاني التالي .

الفصل الثاني

نظرة تحليلية في قواعد الاثبات

المرجحات الابتدائية ، والمثبتات القضائية ، في الفقه الاسلامي

١) ـــ غاية البينة ، ومشروعيتها لاثبات خلاف الظاهر

٦٧٢ ـــ البينة مشتقة من البيان وهو الظهور والوضوح .

ومعنـــاها في العرف الشرعي **البرهان الخاص الحاسم** الذي يدعم دعوى المدعي .

ولذلك يقول الفقهاء : « البينة كاسمها مبينة » . وهي ثلاثة أقسام :

١) ـــ **البينة الشخصية** : وهي الشهادة بشرائطها المعروفة .

٢) ـــ **الحجة الخطية** : وهي أنواع فصلتها المجـــلة في فصل خاص (م/١٧٣٦ ـــ م/١٧٣٨) .

٣) - **القرينة القاطعة** المذكورة في المادة /١٧٤١/ من المجلة ، وهي الأمارة البالغة حد اليقين ، وقد تقدم بيانها في بحث القرائن (ر : ف/٥٣٦) .

فمن ذلك يتبين أن البينة أعم من الشهادة ، فالشهادة فرد من أفراد البينة .

بناء على ذلك نقول : حينما يختلف المدعي والمدعى عليه لا بد في سبيل حسم القضية لمصلحة أحدهما على الآخر من **مستند يرجح زعم أحدهما** ، وإلا فالترجيح بلا مرجح باطل .

وهذه المستندات نوعان : **مرجحات ابتدائية ، ومثبتات** :

أ) المرجحات الابتدائية

فالمرجحات الابتدائية شيئان هما : (١) **الاصل** ، (٢) **ودلالة الحال** :

وكلاهما يسمى : **الظاهر الضعيف** : أي الذي لم يصل في الظهور الى درجة يطرح معها احتمال خلافه . وايضاح ذلك فيما يلي :

٦٧٣ — الاصل :

فالأصل في اللغة : هو أسفل الشيء وأساسه .

وفي اصطلاح الاثبات :

الأصل : هو الحالة العامة التي هي بمثابة قانون مرعي ابتداء بلا حاجة الى دليل خاص عليه ، بل يعتبر مسلماً بنفسه .

ومنهم من يعرف الاصل بأنه : « **ما يبنى عليه غيره ولا يبنى هو على غيره** » .

وأمثلة ذلك في الشرع كثيرة

ـ فمنها قولهم : « الاصل في الامور العارضة العدم ، وفي الأمور الاصلية الوجود » .

ومن شعب هذا الاصل أصول فرعية عديدة ،منها، أن: « الأصل براءة الذمة»،وأن«الأصل سلامة المبيع من العيوب » ونحو ذلك .

ـــ وكذا قولهم «الاصل حين الاختلاف في بطلان عقد وصحته أن يعتبر باطلا،وحين الاختلاف في فساده وصحته أن يعتبر صحيحاً»، ذلك لأن الاختلاف في البطلان معناه النزاع في وجود العقد وعدمه،والعدم هو السابق المعهود ،أما الاختلاف في الصحة والفساد فمعناه الطعن في سلامة العقد من الشوائب بعد تسليم وجوده وانعقاده ، وأن صفة السلامة من العلل هي الحالة الطبيعية الاصلية في الموجودات .

ـــ وكذا قولهم : « الاصل إضافة الحادث الى أقرب أوقاته و:« الأصل بقاء ما كان على كان، » الى غير ذلك، ككثير من القواعد المتقدمة المعتبرة أصولاً في الشرع ، ومنها مايكون متفرعاً عن أصل أعم منه وداخلا في شموله .

٦٧٤ – دلالة الحال

واما دلالة الحال فهي : الأمارة القائمة التي تدل على شيء .

فالحالة التي تسمى : « **الظاهر** » هي في نظر الفقهاء نوعان :

١) ـــ **ظاهر ضعيف** لم يطرح معه احتمال خلافه كما سبق بيانه ، من أصل أو دلالة حال ، وهو المراد هنا بالمرجحات الابتدائية .

٢) ـــ **وظاهر قوي** ، وسيأتي الكلام عليه .

وأمثلة دلالة الحال كثيرة ،وهي المعروفة بمسائل « **تحكيم الحال** » :

ـــ وذلك كما لو زعم مستأجر الطاحون بعد انقضاء الاجارة أن الماء قد انقطع فتعطلت الرحى عن العمل وطلب إسقاط الاجرة ،وزعم المؤجر عدم الانقطاع ، ولا بينة ، فحينئذ يلتجىء القضاء الى تحكيم الحال لترجيح أحد الزعمين : فاذا كان الماء منقطعاً حين الخصومة يترجح زعم المستأجر بالنسبة الى الماضي ، واذا كان الماء جارياً حين الخصومة كان ظاهر الحال عدم الانقطاع بعد اتفاقهما على أنه كان جارياً عند العقد والتسليم ، فيترجح زعم المؤجر ولا يسقط شيء من الاجرة حتى يثبت المستأجر الانقطاع (م١٧٧٦) [1]

ـــ وكذا لو أنفق الأب على نفسه من مال ابنه الذي عنده ثم اختلفا : فزعم الأب أنه أنفق وهو معسر مستحق للنفقة ، فلا ضمان عليه ، وزعم الابن أنه أنفق وهو موسر . فحينئذ يلجأ الى تحكيم حال الأب في اليسار والاعسار حين

---

(١) ـ اما اذا اتفقا على انقطاع الماء واختلفا في مقدار مدته فالقول للمستأجر بيمينه في زعم زيادة مدة الانقطاع .

الخصومة ، فيرجح القاضي بناء على ذلك زعم من تشهد له الحال منهما ترجيحاً ابتدائياً إلى أن يثبت خلافه (ر : رد المحتار ٢/٦٨٥ أواخر النفقات) .

والنظر الفقهي هنا هو أنه في مثل هذه المسائل توجد **قرائن قائمة فيها نوع دلالة** . فيلتجأ اليها مبدئياً عند فقدان البرهان المثبت .

بخلاف المسائل التي لاقرائن فيها كدعوى الدين، فانها عند فقدان البينة يلتجأ فيها الى تلك الاصول للترجيح المبدئي ، ككون الأصل براءة الذمة ، واضافة الحادث إلى أقرب أوقاته ، وغيرهما .

٦٧٥ - هذه هي المرجحات الأولية التي يترجح بها زعم أحد المتداعين على الآخر ، وهي : الظاهر الضعيف بنوعيه ، من أصل أو دلالة حال.

ـــ ومن المقرر فقهاً أن الأمر الظاهر يصلح حجة **للدفع لا للاستحقاق** فهو دليل كاف لابقاء وضع حقوقي قائم ،ودفع من يدعي خلافه دون اثبات . ولكن الظاهر ليس دليلا كافياً للاستحقاق على الغير .

وعلى هذا الأساس تخرجت أحكام من أبواب شتى ،منها: **أحكام المفقود:**

فالمفقود يعتبر حياً عملا بظاهر الحال ، وهو استصحاب حياته المتيقنة سابقاً . ذلك لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان كما تقدم . وهذا يكفي لمنع ورثته عن استحقاق تركته قبل ثبوت وفاته ، ولكنه لايكفي لأن يستحق ميراثاً من غيره اذا توفي أحد مورثيه بعد فقدانه ، بل يوقف نصيبه الارثي : فان عاد حياً أخذه ، وإلا رد الى

الورثة الذين كانوا يستحقونه على تقدير أن المفقود ميت عند وفاة مورثه.

ـــ على ان لهذا المبدأ استثناءات في بعض فروع فقهية حكم فيها الفقهاء بالاستحقاق استناداً الى دلالة الظاهر. (ر: «الاشباه» لابن نجيم ١٠٤/١)

ب) ـــ المثبتات

٦٧٦ – أما المثبتات فأربعة أقسام متفاوتة الدرجات في القوة وهي :

١) ـ **الاقرار**.

٢) ـ **النكول** : اي استنكاف الخصم عن حلف اليمين الموجهة عليه من القاضي.

٣) ـ **البينة بأنواعها الثلاثة المتقدمة** : وهي البينة الشخصية : (أي الشهادة) ، والبينة الخطية ، والقرينة القاطعة.

٤) ـ **الظاهر القوي** الذي سنتكلم عنه، وهو في قوة القرينة القاطعة.

اذا تبين ذلك نقول : قد تتعدد الادلة المرجحة في القضية الواحدة وتتعارض ، فيكون بعضها شاهداً لأحد الخصمين وبعضها للآخر.

فالنظر الفقهي عندئذ في الترجيح يقوم على التفصيل التالي الذي تدل عليه فروع الأحكام :

٦٧٧ ـ تعارض الادلة القضائية :

ـ (اولا) إذا تعارضت المرجحات الابتدائية بعضها مع بعض ، بأن كان أحد المتداعيين يستند الى أحدها ، والآخر يستند الى غيره ففي الترجيح تفصيل :

(أ) ـ فان كان التعارض بين أصلين فانه يرجح اعتبار الأصل الذي هو أكثر تعلقاً بموضوع النزاع وجوهره ، أو تؤيده قواعد أخرى في موضوع القضية .

فمثلاً :اذا تعارض أصل براءة الذمة مع غيره يرجح اعتبار براءة الذمة ، لأنها أكثر قوة وثبوتاً .

مثال ذلك : مالو ادعى الوديع رد الوديعة ، وانكر المالك المودع ردها اليه ، ولا بينة ، فالقول الراجح قول الوديع ، لأن جوهر هذا النزاع يرمي الى تضمين الوديع قيمة الوديعة بزعم انه جحدها ، أو إلى عدم تضمينه بزعم أنه ردها ، وإن كان ظاهر النزاع منصباً على رد وديعة أو عدمه .

فبالنظر الى جوهر النزاع ، وباعتبار أن العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ ، يشهد للوديع أصل براءة الذمة .

وبالنظر الى الصورة الظاهرة يشهد للمودع أن الاصل عدم الرد لكونه عارضاً ، والأصل في الأمور العارضة العدم .

فيرجح اعتبار أصل براءة الذمة هنا ، لأنه هو الذي يتعلق به

جوهر النزاع،ولانه تؤيده ايضاً قاعدة كون الامين مصدقاً في قوله، حتى يثبت تعديه او تقصيره .

وهذا يفسر لنا ان كثيراً من الفروع المستثناة من بعض القواعد المتقدمة إنما استثنيت منها لأنها اجدر بالتفريع على قاعدة اخرى .

(ب) ــ وان كان التعارض بين الاصل ودلالة الحال ترجح دلالة الحال دائماً لانها قرائن وشواهد قائمة تنبىء بحدوث امر يغير حالة الاصل ، فيكون بمثابة دليل على كذب تمسك من يتمسك بذلك الاصل.

مثال ذلك فرع اختلاف الاب والابن في يسار الاب واعساره حين انفاقه على نفسه من مال ابنه كما تقدم :

فانه اذا كان الاب حين الخصومة موسراً كانت هذه أمارة ظاهرة على صحة دعوى الابن ، ويكون القول له في ان أباه كان موسراً ، فيضمن الاب ما انفق على نفسه من مال ابنه مع ان الاصل عدم اليسار.

واذا كان الاب حين الخصومة معسراً كان الامر بالعكس : اي انه يكون القول للاب عملاً بالاصل ، لان الغنى امر عارض .

فهنا حينما شهدت دلالة الحال للابن (حال يسار الاب حين الخصومة) رجحت على الاصل الذي يتمسك به الاب وهو عدم الغنى .

ــ وكذ يقال في كل فروع تحكيم الحال التي تسمى : مسائل الاستصحاب المقلوب .

وسمي **مقلوباً** ، لأن الاستصحاب العادي هو اعتبار الوجود الماضي منسحباً الى الزمن الحاضر(ر : ف/٥٧٥)؛اما هذا ففيهاعتبار استناد الوجود الحاضر الى الماضي .

فيسار الأب في حال الخصومة قد انسحب على الماضي لأنه اعتبر دليلا على يساره حين الانفاق .

ومثال ذلك يلحظ في قضية الاختلاف في انقطاع ماء الطاحون المتقدمة.

٦٧٩ ــ (**ثانياً**) ــ اما اذا تعارض أحد المثبتات الأربعة المتقدمة مع أحد المرجحات الابتدائية ؛فلا شك أنه يصار الى الدليل المثبت ، لانه برهان صريح على عدم صحة مايتمسك به الطرف الآخر من أصل أو دلالة حال .

ــ وأمثلة ذلك مستفيضة: كما لو ادعى دائن على مدين، فأنكر المدين الدين ، فأقام المدعي بينة ، أو أقر المدين ؛ فإنه يحكم عليه .

ــ وكذا لو طلب المدعي تحليفه اليمين ، فنكل المدعى عليه عن الحلف فإنه يحكم عليه .

وذلك لأن كلا من الاقرار والنكول والبينة مرجح نهائي يصار اليه لادحاض دلالة الظاهر ، وإثبات حدوث خلافه .

وعلى هذا الاساس وضعت القاعدة الفقهية القائلة : **البينة لاثبات خلاف الظاهر ، واليمين لابقاء الاصل** (ف/٦٦٨) .

٦٨٠ ــ معنى كون البينة لاثبات خلاف الظاهر :

المراد من كلمة الظاهر في قاعدة : « **البينة لاثبات خلاف الظاهر** » هو الظاهر الضعيف المتقدم ، من أصل أو دلالة حال .

ومعنى كون البينة تقام لاثبات خلاف الظاهر أنها تقام لاثبات خلاف ما تدل عليه **المرجحات الابتدائية** .

وهذه القاعدة علة ومستند للقاعدة القائلة : **البينة على المدعي واليمين على من أنكر** .

وذلك لأن المدعي يدعي ثبوت حق له على المدعى عليه . وهذا الحق أمر عارض ، فالأصل عدمه ، ولا يثبت إلا بمثبت . فيكون القول للمدعى عليه الذي يتمسك بالظاهر ، ولكن يحتفظ للمدعي بحق اثبات نشوء ذلك الحق الذي يدعيه على خصمه .

وعلى هذا الأساس قرر الفقهاء ان الشهادة لاتقبل على **النفي المحض** فلا تقبل الشهادة مثلاً على أن الوديع لم يرد الوديعة ، أو أن هذا الشيء ليس لفلان ، أو أن فلاناً ليس بمدين لفلان ، أو لم يفعل كذا .

وذلك لأن النفي هو الأصل الظاهر ، بمقتضى أن الأصل في الامور العارضة هو العدم ، فالبينات انما يحتاج اليها لإثبات خلافه ؛ ولأن الشهادة على النفي **مجازفة ظاهرة الريبة** ، فان الشهود لايستطيعون الاحاطة بجميع الاوقات ليلاً ونهاراً ، وقد يكون الامر المشهود على نفيه قد حصل في وقت لم يطلعوا عليه .

لكن اذا كان النفي محصوراً بوقت معين تقبل الشهادة عليه ، كما لو ادعى شخص على آخر أنه أقرضه مبلغاً في وقت ومكان معينين . فأتى المدعى عليه بشهود ثقات على انه لم يكن في هذا المكان في ذلك الوقت (ر : م/١٦٩٩/وشروحها)[1] .

٦٨١ — وكون البينة لاثبات خلاف الظاهر هو المعقول ، لأن الظاهر ثابت بنفسه مع احتمال خلافه ، فهذا الاحتمال يحتاج الى مرجح ، وذلك المرجح هو البينة .

فمن كان الظاهر شاهداً لقوله لايحتاج الى سلاح آخر يدفع به خصمه ، فيكلف خصمه حينئذ أن يأتي إن استطاع ببرهان أقوى من حجة خصمه لكي يثبت به تغير حالة الأصل العامة التي تذرع بها خصمه للدفاع عن نفسه ، ويؤكد حدوث خلافها .

وهذا يوجب أن تكون البينة ملقاة على عاتق المدعي المهاجم ، لا المدعى عليه المدافع .

وهذه قاعدة في الشرع سائدة ، وقد تقبلتها الشرائع الوضعية الحديثة ، وتطبق تطبيقاً عاماً في سائر الخصومات .

---

(١) — يشترط الفقهاء في فروع الفقه الحنفي ان يكون عدد الشهود على النفي المحصور كبيراً بحيث يبلغ درجة التواتر ، وبذلك جاءت المجلة ؛ ولكن علماء اصول الفقه منهم لايشترطون ذلك ، بل يكتفون بنصاب الشهادة العادي ، وهذا أوجه .

٦٨٢ ــ على أنه قد يوجد أحوال في الشرع يكون فيها القول والبينة كلاهما لأحد الطرفين ، وذلك لعلل خاصة .

ــ فمن هذا : ما لو زعم الوديع رد الوديعة ، وكذبه المالك المودع ، فان القول للوديع بيمينه كما تقدم آنفاً (ف/٦٧٧) . وكذلك قالوا : ان البينة له أيضاً على الرد . لأن الرد حادثة ايجابية خاضعة للاثبات ، وهو يدعيها . فيقبل منه اثباتها بالشهادة .

وفائدة البينة منه عندئذ مع أن القول له بلا بينة هي أن يدفع اليمين عن نفسه ، اذ لايبقى لليمين محل مع قيام البينة .

ــ وهكذا حكم كل أمين إذا ادعى رد الامانة .

(ر: المجلة/١٧٧٤/و «الطريقة الواضحة الى البينة الراجحة» للحمزاوي أو «مسائل الوديعة، وتنقيح الفتاوى الحامدية» آخر كتاب الوديعة) .

وهناك أمثلة اخرى نكتفي بهذا المثال المتقدم عنها [1] .

---

(١) ــ يلحظ في هذا المقام أن هذه المبادىء الفقهية المنظمة للاثبات والبينات قد أصبحت لدينا منسوخة كلها بقانون البينات الذي صدر في سورية خلال الطبعة الثالثة من هذا المدخل . وبمقتضاه أصبح أمر البينة ونصابها والطرف المكلف بها ومن تقبل منه ، واقامتها على النفي او الاثبات ، وقبولها أو رفضها كله عائداً الى تقدير الحاكم وقناعته .

وهذا تدبير سيء النتائج جداً في حقوق الناس اذا عمل به هكذا على اطلاقه مالم يكن للحكام طهر الملائكة وحكمة سليمان !!

ومما تقدم تتضح فلسفة الادلة الشرعية ، ومراتب المرجحات ، وأحكام تعارضها ، كما يتبين لنا : ماهى البينة ، وما هو الاصل ، وما هو الظاهر ، وما هو خلاف الظاهر ؟

نتيجتان

٦٨٣ ــ يترتب على ما تقدم بيانه النتيجتان التاليتان :

(**النتيجة الاولى**) ــ البينة انما ترجح على الظاهر الضعيف دون القوي .

وبيان ذلك فيما يلي :

ان الظاهر بحسب التعريف الذي عرفناه سابقاً نوعان :

الاول) ــ الظاهر الضعيف الذي لم يصل في الظهور الى درجة يطرح معها احتمال خلافه، وهذا الظاهر هو (الأصل، او دلالة الحال) كما تقدم.

الثاني) الظاهر القوي الذي وصل في الظهور الى درجة يطرح معها احتمال خلافه . وهكذا يكون قطعياً ، حتى ان الشهادة التي يعتبر الشرع مايثبت بها كأنه ثابت بالعيان ـ لاتقبل لاثبات خلافه .

ــ ومثال ذلك مانقله العلامة ابن عابدين في باب الوصي من «التنقيح» ان الوصي اذا ادعى أنه أنفق على الصغير في مدة يسيرة مبلغاً عظيماً يكذبه فيه الظاهر لايصدق في ذلك ، ولا تقبل له بينة عليه ، الا أن يبين سبباً معقولاً ، كسرقة او حريق ونحو ذلك .

(ر : « التنقيح » ج ٢ ص ٣٧١ نقلاً عن تلخيص الجامع الكبير للإمام محمد) .

— وكذا لو ادعى أحد الفقراء الصعاليك المعروفين بالفاقة والعدم على أحد الأغنياء مالاً جسيماً لا يعرف أنه اصاب في حياته ما يقرب منه لاتسمع دعواه ، ولا تقبل بينة عليها . (ر : ف/٥٨٥/ وكتاب «جواهر الروايات في الدعاوى والبينات»، للقاضي الشيخ محمد سليم البشتاوي ص/٢٨) .

فالظاهر الذي هو من المرجحات الابتدائية : هو ذلك الظاهر الضعيف .

(النتيجة الثانية) — البينة حجة متعدية ، والاقرار حجة قاصرة .

الحجة المتعدية : هي التي لاتقتصر قوتها الاثباتية على من أقيمت عليه ، بل تتجاوزه الى غيره .

فالبينة حجة متعدية : أي أنها اذا اقيمت بالطريقة الشرعية المعتبرة تكون ملزمة لمن قامت عليه ، وملزمة لغيره أيضاً من الناس .

بخلاف الاقرار فانه لايلزم إلا صاحبه المقر لأن المقر لاولاية له إلا على نفسه ، فله أن يلزم نفسه بما يشاء ، وليس له سلطة على الزام غيره .

وإنما كانت البينة متعدية والاقرار قاصراً ، لأن من المحتمل أن يكون المقر كاذبا في إقراره ومتواطئاً مع المقر له لإضاعة حق

شخص ثالث ، إذ الاقرار اظهار واخبار لا انشاء ؛ فهو لايخرج عن كونه زعماً مجرداً من المقر لادليل عليه .

أ) ـــ فمن حيث كونه زعماً من صاحبه يلزم به صاحبه ، لأن للانسان ولاية على نفسه، إذ يفرض أن إقرارهعلى نفسه أقوى وأكثر اثباتاً عليه من شهادة الشهود .

لكنه لا يملك أن يقر على غيره ، ولا يسري اقراره على ذلك الغير إلا بإنابة منه وتوكيل .

ب) ـــ أما البينة فانها برهان يفرض فيه ان يكشف الواقع ويجلوه . والبرهان برهان بالنسبة الى سائر الناس ، كما أن الواقع واقع بالنسبة اليهم جميعاً . فلا يمكن أن يعتبر الواقع موجوداً ثابتاً بالنسبة الى شخص ، ومعدوماً بالنسبة الى آخر . فلذا كان الثابت بالبينة يحتج به على سائر الناس .

٦٨٤ ـــ من أمثلة ذلك: أن من ادعى ملكية شيء في يد آخر ،وأثبت دعواه بالبينة يثبت ملكه حتى بالنسبة الى من تلقى المدعى عليه الملك منه.

ويتفرع من ذلك أنه إذا اشترى انسان شيئاً ، ثم ظهر له مستحق يدعي أنه ملك له : فاذا صدقه المشتري المدعى عليه وأقر له يؤمر بتسليمه للمدعي . وليس للمشتري عندئذ حق الرجوع على بائعه محتجاً بأن المبيع ظهر له مستحق ،وان البائع قد باعه ماليس ملكه .وذلك لأن اقرار المشتري للشخص المستحق هو حجة قاصرة على نفسه بمقتضى أن

الانسان مؤاخذ باقراره ، فلا يسري اقراره هذا على بائعه الأصلي ، ولا يكون حجة ملزمة له .

لكن إذا أنكر المشتري المدعى عليه ملك مدعي الاستحقاق ، فأقام المستحق البينة على ملكه للمبيع الذي يدعيه ، وحكم على المشتري بتسليمه إياه ، تكون هذه البينة سارية على البائع وملزمة له ، ويكون للمشتري حينئذ حق الرجوع عليه بالثمن الذي دفعه اليه دون حاجة الى اعادة اثبات استحقاق المبيع بمواجهته .

ـــ ونظير ذلك أيضاً ما اذا ادعى غريم ديناً على التركة بحضور أحد الورثة ، فان أقر الوارث بدين المورث يؤاخذ باقراره . ولكن يكون اقراره قاصراً على نفسه ، بمعنى أن المدعي المقر له يأخذ من حصة الوارث المقر لا من حصة بقية الورثة ؛ لأن اقرار رفيقهم لا يسري عليهم .

ولكن اذا أثبت الغريم الدائن حقه الذي على الميت ببينة أقامها على أحد الورثة[1] ، وقضي له استناداً الى البينة ، فانه يستوفي دينه كله من التركة كلها ولو استغرق حصص الورثة جميعاً لأن بينته سرت عليهم .

ويستنتج من ذلك أن الوارث إذا أقر للمدعي بالدين الذي يدعيه على التركة كان للمدعي أن يطلب التمهل في الحكم حتى يقيم البينة . فاذا اقامها يحكم له بها لا بالإقرار ، وذلك لكي تسري البينة على بقية

---

(١) من المقرر فقهاً ان احد الورثة ينوب عن الباقين في كل مايدعى به لحساب التركة او ما عليها من حقوق كما في هذا المثال. (ر : المجلة ١٦٤٢).

الورثة غير المقرين ، فلا يحتاج الى دعوى جديدة عليهم يثبت فيها حقه (مع أن الاقرار بالنسبة الى المقر يعتبر أقوى إلزاماً من البينة ، حتى قالوا : انه إذا أقر الخصْم في الدعوى بعدما اقيمت عليه البينة يقضى عليه باقراره لا بالبينة) .

٦٨٥ ــ الاستثناء :

على أنه يستثنى من قاعدة قصور الاقرار ما ذكره الفقهاء من أن الفتاة البكر البالغة إذا أقر أبوها ، أو أقر جدها عند عدم الأب، بقبض مهرها حين تزويجها ، فان اقراره يسري عليها ويثبت به القبض إن انكرته هي فيما بعد (ر : الاحوال الشخصية لقدري باشا م/٩٥).

وهذا مبني على أن للأب قبض مهر ابنته البالغة بحسب العرف والعادة ، وان من ملك حق القبض ملك الاقرار به .

هذا ما أردنا كشفه من مبادىء نظام الترجيح والاثبات القضائي في الفقه الاسلامي بهذه النظرة التحليلية العارضة بمناسبة القواعد المتعلقة بالاثبات .

مجموع القواعد المتقدمة

من اساسية وفرعية

مرتبة على حروف المعجم بحسب اوائل كلماتها

٦٨٦ ــ كنا بينا أن القواعد التسع والتسعين المتقدمة لم تتبع المجلة في سردها ترتيباً معيناً ، وقد رتبناها نحن في عرضها وشرحها بحسب موضوعاتها ومعانيها ، وقسمناها : أساسية وفرعية .

وقد لاحظنا ان من يحتاج الى مراجعة بعض هذه القواعد وما علقناه عليها قد يصعب عليه الاهتداء الى موقعها .

لذلك رأينا ، تسهيلا لمراجعتها ، أن نسرد فيما يلي نصوص تلك القواعد مرتبة على حروف المعجم بحسب أوائل كلماتها بعد أداة التعريف.

وقد وضعنا بعد كل قاعدة منها رقمين بين قوسين :

ــ أولهما مقرون بحرف(م) إشارة الى رقم المادة التي جاءت فيها هذه القاعدة من مجلة الاحكام العدلية .

ــ والثاني مقرون بحرف (ف) وهو رقم الفقرة التي جاءت فيها تلك القاعدة في كتابنا هذا (المدخل الفقهي العام) .

وإلى القارىء نصوص تلك القواعد بهذا الترتيب :

١ ـ الاجتهاد لاينقض بمثله (١٦/ف ٦٢٤)
٢ ـ الاجر والضمان لايجتمعان (م٨٦/ف ٦٥٢)
٣ ـ اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر (م٩٠/ف٦٥٩)
٤ ـ اذا بطل الاصل يصار الى البدل (م٥٣/ف ٦٤١)
٥ ـ اذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه (م٦٢/ف ٦٢٢)
٦ ـ اذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع (م ٤٦/ف٥٩٥)
٧ اذا تعارض مفسدتان روعي اعظمهما ضررا بارتكاب اخفهما (م٢٨/ف٥٩٢)
٨ اذا تعذر اعمال الكلام يهمل (م/٦٢ف ٦٢٢)
٩ ـ اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز (م٦١ف/٦١٧)
١٠ ـ اذا زال المانع عاد الممنوع (م٢٤/ف٦٢٦)
١١ ـ اذا سقط الاصل سقط الفرع (م٥٠/ف٦٣٨)
١٢ ـ استعمال الناس حجة يجب العمل بها (م٣٧/ف٦٠٥)
١٣ ـ الاشارات المعهودة للاخرس ، كالبيان باللسان (م٧٠/ف٦١٠)
١٤ ـ الأصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته (م١١/ف٥٧٩)
١٥ ـ الاصل براءة الذمة (م٨/ف٥٧٨)
١٦ ـ الاصل بقاء ما كان على ما كان (م٥/ف٥٧٥)
١٧ ـ الاصل في الأمور العارضة العدم (م٩/ف٥٧٧)
١٨ ـ الاصل في الكلام الحقيقة (م١٢/ف٦١٦)
١٩ ـ الاضطرار لايبطل حق الغير (م٣٣/ف٦٠٢)
٢٠ ـ إعمال الكلام اولى من إهماله (م٦٠/ف٦١٥)
٢١ ـ الامر اذا ضاق اتسع (م١٨/ف٥٩٩)
٢٢ ـ الامر بالتصرف في ملك الغير باطل (م ٩٥/ف٦٥٤)
٢٣ ـ الامور بمقاصدها (م٢/ف٥٧٢)
٢٤ ـ انما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت (م٤١/ف٦٠٦)
٢٥ ـ البقاء اسهل من الابتداء (م٥٦/ف٦٣٢)

٢٦ ــ البينة حجة متعدية ، والاقرار حجة قاصرة(م٧٨/ف٦٦٧)
٢٧ ــ البينة لاثبات خلاف الظاهر ،واليمين لابقاء الاصل(م٧٧/ف٦٦٨)
٢٨ ــ البينة على المدعي واليمين على من انكر (م٧٦/ف٦٦٩)
٢٩ ــ التابع تابع (م٤٧/ف٦٣٦)
٣٠ ــ التابع لايفرد بالحكم (م٤١/ف٦٣٦)
٣١ ــ تبدل سبب الملك كتبدل الذات (م ٩٨/ف٦٤٤)
٣٢ ــ التصرف على الرعية منوط بالمصلحة (م٥٨/ف٦٦٢)
٣٣ التعيين بالعرف كالتعيين بالنص (م٤٥/ف٦١٢)
٣٤ ــ الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان (م ٧٥/ف٦٢٦)
٣٥ ــ الجواز الشرعي ينافي الضمان (م٩١/ف٦٤٨)
٣٦ ــ جناية العجماء جبار (م٩٤/ف٦٦٠)
٣٧ ــ الحاجة تنزل منزلة الضرورة،عامة كانت او خاصة (م٣٢/ف٦٠٣)
٣٨ ــ الحقيقة تترك بدلالة العادة (م٤٠/ف٦٠٨)
٣٩ ــ الخراج بالضمان (م ٨٥/ف ٦٤٩)
٤٠ ــ درء المفاسد أولى من جلب المنافع (م٣٠/ف٥٩٤)
٤١ ــ دليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه (م٦٨/ف٦٦٤)
٤٢ ــ ذكر بعض مالايتجزأ كذكر كله (م ٦٣/ف ٦١٩)
٤٣ ــ الساقط لايعود كما ان المعدوم لايعود (م ٥١/ف٦٢٤)
٤٤ ــ السؤال معاد في الجواب (٦٦/ف٦٢١)
٤٥ ــ الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف (م ٢٧/ف٥٩٠)
٤٦ ــ الضرر لايزال بمثله (٢٥/ف٥٨٨)
٤٧ ــ الضرر لايكون قديماً (م٧/ف ٥٩٧)
٤٨ ــ الضرر يدفع بقدر الامكان (م ٣١/ف ٥٨٧)
٤٩ ــ الضرر يزال (م٢٠/ف٥٨٨)
٥٠ ــ الضرورات تبيح المحظورات (م٢١/ف٦٠٠)

٥١ ـ الضرورات تقدر بقدرها (م٢٢/ف٦٠١)
٥٢ العادة محكمة (م٣٦/ف٦٠٤)
٥٣ ـ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لاللالفاظ والمباني (م٣/ف٥٧٣)
٥٤ العبرة للغالب الشائع لا للنادر (م ٤٢/ف٦٠٧)
٥٥ ـ الغرم بالغنم (م٨٧/ف٦٥٠)
٥٦ ـ قد يثبت الفرع دون الاصل (م ٨١/ف٦٣٩)
٥٧ ـ القديم يترك على قدمه (م٦/ف٥٩٦)
٥٨ ـ الكتاب كالخطاب (م ٦٩/ف٦٠٩)
٥٩ ـ لاحجة مع الاحتمال الناشىء عن دليل (م ٧٣/ف٥٨٣)
٦٠ ـ لاحجة مع التناقض ، لكن لايختل معه حكم الحاكم (م٨٠/ف٦٧٠)
٦١ ـ لاضرر ولا ضرار (م ١٩/ف٥٨٦)
٦٢ ـ لاعبرة بالظن البين خطؤه (م ٧٢/ف٥٨٤)
٦٣ ـ لاعبرة للتوهم (م ٧٤/ف٥٨٢)
٦٤ ـ لاعبرة للدلالة في مقابلة التصريح م١٣/ف٥٨٠)
٦٥ ـ لامساغ للاجتهاد فى مورد النص (م١٤/ف٦٢٣)
٦٦ ـ لايتم التبرع الا بالقبض (م ٥٧/ف٦٤٣)
٦٧ ـ لايجوز لاحد ان يأخذ مال احد بلا سبب شرعي (م٩٧/ف٦٥٥)
٦٨ ـ لايجوز لاحد ان يتصرف في ملك غيره بلا اذنه (م٩٦/ف ٦٥٤)
٦٩ ـ لاينسب الى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان بيان (م٦٧/ف٥٨١)
٧٠ ـ لاينكر تغير الاحكام بتغير الازمان (م٣٩/ف٦١٤)
٧١ ـ ماثبت بزمان يحكم ببقائه مالم يوجد دليل على خلافه (م١٠/ف٥٦٧)
٧٢ ـ ماثبت على خلاف القياس فغيره لايقاس عليه (م١٥/ف٦٢٥)
٧٣ ـ ماجاز لعذر بطل بزواله (م٢٣/ف٦٢٧)
٧٤ ـ ماحرم اخذه حرم اعطاؤه (م٣٤/ف٦٢٨)

٧٥ ـ ماحرم فعله حرم طلبه (م٣٥/ف٦٢٩)
٧٦ ـ المباشر ضامن وان لم يتعمد (م٩٢/ف٦٥٧)
٧٧ ـ المتسبب لايضمن الا بالتعمد (م٩٣/ف٦٥٨)
٧٨ ـ المرء مؤاخذ باقراره (م٧٩/ف٦٦٥)
٧٩ ـ المشقة تجلب التيسير (م١٧/ف٥٩٨)
٨٠ ـ المطلق يجري على اطلاقه مالم يقم دليل التقييد نصاً او دلالة (م٦٤/ف٦١٨)
٨١ ـ المعروف بين التجار كالمشروط بينهم (م٤٤/ف٦١٣)
٨٢ ـ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً (م٤٣/ف٦١١)
٨٣ ـ المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط (م٨٢/ف٦٤٥)
٨٤ ـ الممتنع عادة كالممتنع حقيقة (م٣٨/ف٥٨٥)
٨٥ ـ من استعجل الشيء قبل اوانه عوقب بحرمانه (م٩٩/ف٦٣٠)
٨٦ ـ من سعى في نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه (م١٠٠/ف ٦٣١)
٨٧ ـ من ملك شيئاً ملك ماهو من ضروراته (م٤٩/ف٦٣٥)
٨٨ ـ المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة (م ٨٤/ف ٦٤٦)
٨٩ ـ النعمة بقدر النقمة ، والنقمة بقدر النعمة (م٨٨/ف ٦٥١)
٩٠ ـ الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر (م٦٥/ف٦٢٠)
٩١ ـ الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة (م٥٩/ف٦٦١)
٩٢ ـ يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام (م٢٦/ف٥٩٣)
٩٣ ـ يختار اهون الشرين (م٢٩/ف٥٩١)
٩٤ ـ يضاف الفعل الى الفاعل لا الآمر ، مالم يكن مجبراً (م٨٩/ف٦٥٦)
٩٥ ـ يغتفر في البقاء ما لايغتفر في الابتداء (م٥٥/ف ٦٣٣)
٩٦ ـ نغتفر في التوابع ما لايغتفر في غيرها (م٥٤/ف٦٣٧)
٩٧ ـ يقبل قول المترجم مطلقاً (م٧١/ف٦٦٣)
٩٨ ـ اليقين لايزول بالشك (م٤/ف ٥٧٤)
٩٩ ـ يلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان (م٨٣/ف٦٣٧)

خاتمة

في ذكر قواعد اخرى يحسن الحاقها بالقواعد السابقة

مرتبة على حروف المعجم بحسب أوائل كلماتها

٦٨٧- هناك بعض قواعد كلية أخرى جديرة بأن تلحق بالقواعد التسع والتسعين التي تقدم بيانها وشرحها، جمعناها من مناسباتها المختلفة في الكتب الفقهية، وبعضها عبارات مأثورة عن بعض كبار الأئمة الفقهاء خليقة بالتقعيد، ومنها ماقد تقدم ذكره في مناسبات سلفت من هذا المدخل.

وقد رأينا أن نختم تلك القواعد السابقة بها فنذكرها سرداً دون شرح إلا بعض تعليقات يسيرة أحياناً. مع الاحالة على أماكن وجودها في هذا المدخل او سواه.

وسنسردها فيما يلي مرتبة على ترتيب حروف المعجم بحسب أوائل كلماتها، تسهيلا لمراجعتها، وهي:

٦٧٨- (١) «الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة» (ر: ف/٢٨٣/ والمجلة/١٤٥٣).

٦٨٩- (٢) «الاصل في الأشياء الاباحة».

الأشباه ج١ص/٩٧/ وقواعد الحمزاوي في مسائل الحظر والاباحة

ص/٢٨٤/ ورد المحتار ج١ص/٧١و ج ٣ص/٢٤٤ (أول باب استيلاء الكفار) و ج٤ص/١٧٦ (أول باب الربا) .

٦٩٠ ــ (٣) « الأصل في العقد رضى المتعاقدين ، ونتيجته هي ما التزماه بالتعاقد » .

من كلام شيخ الاسلام ابن تيمية .وقد تقدم في بحث « سلطان الارادة العقدية » (ر : ف / ٢٣٧) .

ويقابل هذه القاعدة في الفقة الاجني المبدأ القانوني الذي جاءت به المادة /١١٣٤/ من القانون المدني الفرنسي القائلة : « الاتفاقات المعقودة على الوجه المشروع تقوم مقام القانون في حق عاقديها » .

ويعبر عنه القانونيون العرب بقولهم « العقد شريعة المتعاقدين » .

وبهذا النص جاءت المادة /١٤٨/ من القانون المدني السوري .

٦٩١ ــ (٤) « الأمين مصدق باليمين » (ر : المجلة / ٧٧٤:)

٦٩٢ ــ (٥) « الانفاق بأمر القاضي كالانفاق بأمر المالك »

(ر : قواعد الحمزاوي مسائل اللقطة ص ٢٨٢)

وذلك كمن أنفق على اللقطة بأمر القاضي ، فلا يكون متبرعاً بل يحق له الرجوع على مالكها متى ظهر .

وكذا المال المشترك القابل للقسمة اذا انفق عليه أحد الشركاء بأمر القاضي .

٦٩٣ ــ (٦) « انما يقبل قول الأمين في براءة نفسه لا في الزام غيره »

(ر:م/١٧٧٤/ وقواعد الحمزاوي في مسائل الوصايا ، ص/٣٣٥)

٦٩٤ ــ (٧) « الباطل لايقبل الاجازة » (:ف/٣٥٩)

٦٩٥ ــ (٨) « التعليق على كائن تنجيز »

(ر:ف/٢٤٢/ وقواعد الحمزاوي ، مسائل الوقف ، ص/٢٣٨).

٦٩٦ ــ (٩) « الجهل بالاحكام في دار الاسلام ليس عذراً ، فمن باشر عملا مدنياً أو جنائياً ، ثم أراد التخلص من المسؤولية بحجة جهله الحكم الشرعي المرتب على هذا الفعل فجهله لايعفيه من النتائج المدنية ــ أي المالية ــ مطلقاً . أما النتائج الجزائية فللجهل فيها اذا تحقق تأثيره ضمن حدود تعرف في مواطنها من مباحث العقوبات .

وهذه أيضاً قاعدة تتبناها النظريات القانونيــة الحديثة ، فان من المقرر فيها أن الجهل بالقانون ليس عذراً ، لأن الرعية مكلفة أن تعلم به بعد إعلانه ، وإلا لتذرع كل انسان بالجهل للتخلص من طائلة القانون .

ويستثنى من هـذه القاعدة ما اذا تكلم الانسان بما يكفر جاهلاً أنه مكفر ، فانه لايحكم عليه بالكفر .

(ر : خاتمة « مجامع الحقائق » للخادمي ، وقواعد الحمزاوي مسائل التعزير ، ص/٣٢٢/ ومسائل السير ــ أي الجهاد ــ ص/٣٤٦) .

٦٩٧ ــ (١٠) « الحق لا يسقط بالتقادم » (ر : م/١٦٧٤/و ف/١٠٢) .

٦٩٨ ــ (١١) « الحكم يدور مع علته »

فيثبت بثبوتها ، وينتفي بانتفائها (ر : ف/٥٠٢ و ٥٢٤ و ٥٢٨) .

هذه القاعدة كثيرة الدوران على ألسنة الفقهاء و أقلامهم في مقام التعليل (ر : رسالة « تعليل الاحكام » للاستاذ محمد مصطفى شلبي ، ص/٣٨ و ٤٢ و ٣١٠)[1] .

٦٩٩ ــ (١٢) « خطأ القاضي في بيت المال »

(قواعد الحمزاوي مسائل الحدود ، ص/٣١٩)

وذلك كما لو قضى القاضي بالقصاص وتم التنفيذ ، ثم تبين أن القاتل غير المقضي عليه ، فبيت المال يضمن الدية (ر : الدر المختار ورد المحتار)

وهذا مبدأ تبنته النظريات الحديثة في مسؤولية الدولة مدنياً عن أخطاء عمالها في عملهم الحكومي ، اذا لم يتعمدوا الاساءة ، فان تعمدوا كانوا هم الضامنين .

٧٠٠ ــ (١٣) « الخيانة لا تتجزأ »

فلو أن الوصي على عدة تركات ، او المتولي على عدة أوقاف خان في إحداها وجب عزله من جميعها (ر : تنقيح الفتاوى الحامدية ، الباب الثامن من الواقف ١/٢٠٤) .

٧٠١ (١٤) « شرط الواقف كنص الشارع » .

---

(١) هذه رسالة نال بها مؤلفها الفاضل درجة « استاذ في الفقه الاسلامي » من كلية الشريعة في الازهر ، وطبعت في مطبعة الازهر سنة/١٩٤٩م واطلعنا عليها في ختام الطبعة الثالثة من هذا المدخل فوجدناها رسالة قيمة من خير ما يكتب في موضوعها الجليل .

(مجامع الحقائق وقواعد الحمزاوي مسائل الوقف ص/٢١٤) .
وهذا التشبيه بنص الشارع انما هو من ناحيتين .
١) أنه يتبع في فهم شرط الواقف وتفسيره القواعد الاصولية التي يجب تحكيمها في تفسير نص الشارع .
٢) ـ أنه يجب احترامه وتنفيذه كوجوب العمل بنص الشارع ، لأنه صادر عن ارادة محترمة ، نظير الوصية .
وهذا ليس على اطلاقه فان شروط الواقفين ثلاثة أنواع
نوع باطل لايعمل به ، ونوع صحيح محترم ولكن تجوز مخالفته عند الاقتضاء ، ونوع محترم مطلقاً لاتجوز مخالفته بحال . وهذا هو الذي تطبق عليه هذه القاعدة .
وقد أوضحنا هذه الأنواع الثلاثة وأمثلتها في كتابنا « أحكام الاوقاف » الجزء الاول ف/١٥١ ــ ١٦٥ / فليرجع اليه .
٧٠٢ ــ (١٥) « الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق »
وكذا قولهم « الاستصحاب يصلح للدفع لا للاستحقاق » فان الاستصحاب هو من قبيل الظاهر (ر : ف / ٦٨٤ / والاشباه لابن نجيم ج١ص/١٠٤)
٧٠٣ ــ (١٦) « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » .
هذه القاعدة نص حديث نبوي كما تقدم (ر : ف/٤٧ و ٦٥٥)
٧٠٤ ــ (١٧) « غرض الواقف مخصص لعموم كلامه » .

(قواعد الحمزاوي ، مسائل الوقف ، ص/٢٢٧)

استوفينا الكلام على غرض الواقف في كتابنا أحكام الاوقاف ، ف/ ١٩٢ ــ ١٩٥ (وانظر القاعدة المتقدمة ف/٧٠٠)

٧٠٥ ــ (١٨) « القول للقابض في مقدار المقبوض »

٨٠٦ ــ (١٩) « كل شرط يخالف أصول الشريعة باطل » .

(هذا معنى قوله عليه السلام « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » (ر : ف/٢١٥) .

٧٠٧ ــ (٢٠) « كل شهادة تضمنت جر مغنم للشاهد أو دفع مغرم عنه ترد » (قواعد الحمزاوي ، مسائل الشهادات ص/١٢٠)

٧٠٨ ــ (٢١) « كل ماجاز بذله وتركه دون اشتراط فهو لازم بالشرط » .

(ابن القيم ، ر : ف ٢٣٦)

٧٠٩ ــ (٢٢) « كل مالك ملزم بنفقة مملوكه »

(قواعد الحمزاوي ، مسائل القسمة ، ص/١٦١)

٧١٠ ــ (٢٣) كل من أدى حقاً عن الغير بلا اذن أو ولاية فهو متبرع ، ما لم يكن مضطراً » .

(ر : قواعد الحمزاوي ، مسائل الشركة : ص ٣٥٦)

٧١١ ــ (٢٤) « لاينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت »

(الإمام أبو يوسف في كتاب الخراج . ر : ف/٥٦٠)

٧١٢ ــ (٢٥) « ليس لأحد تمليك غيره بلا رضاه »

ولذا يرتد الابراء وتبطل الهبة برد المدين والموهوب له ، ويبطل الوقف على شخص معين برد الموقوف عليه . وكذا الوصية اذا كان الرد بعد وفاة الموصي (ر : ف/ ٢٩٢) .

وهذا حكم التمليك من قبل شخص : أما التمليك بحكم الشرع فلا يشترط فيه الرضى ، كما في الارث والتولد من المملوك (ر:ف/١٠٧).

٧١٣ ــ (٢٦) « ليس لعرق ظالم حق »

هذا جزء من حديث نبوي نصه : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق » ـــ رواه أبو داوود والنسائي والترمذي، ويحيى ابن آدم في كتاب « الخراج »، وأبو عبيد القاسم بن سلام في بحث « احياء موات الأرض » من كتابه « الاموال » (ر: الاموال ف٧٠٢/ص٢٨٦) ـــ .

والعرق : هو أحد عروق الشجر ، ووصفه بالظلم مجاز ، والمراد ظلم صاحبه كما في النهاية لابن الاثير ، مادة « عرق » .

وهذا الحديث أساس في أن العدوان لا يكسب المعتدي حقاً ، فمن غصب أرضاً فزرع فيها أو غرس أو بنى لا يستحق تملكها بالقيمة، أو البقاء فيها بأجر المثل . ويقاس على الأرض غيرها من المغصوبات.

٧١٤ ــ (٢٧) « ما تشترط فيه عدة شرائط ينتفي بانتفاء احداها »

فلا يثبت الأمر المشروط مالم توجد جميع شرائطه (ر : ف/١٤١)

٧١٥ ــ (٢٨) « مالم يتم الواجب إلا به فهو واجب » (ر:ف/٤٤٩)

٧١٦ ـ (٢٩) « ماوجب أداؤه فبأي طريق حصل كان وفاء»

صيغة هذه القاعدة في تأسيس النظر للدبوسي ص/٦١/ هكذا :

« الاصل عندنا أن كل فعل استحق فعله على جهة بعينها، فعلى أي وجه حصل كان من الوجه المستحق عليه ، كرد الوديعة والغصب » اهـ .

وقد صغناها نحن بالصيغة التي أثبتناها .

فلو أودع الغاصب المغصوب عند مالكه برىء. وكذا لو باعه اياه بيعاً ، فينتقل حق المالك الى استرداد الثمن . وكذا لو غصب الوديع الوديعة أو المستعير العارية ثم رهنها عند المالك في مقابل قرض أخذه منه ، فانهما يبرآن من الغصب

٧١٧ ـ (٣٠) « مقاطع الحقوق عند الشروط »

هذه كلمة تقدمت قالها عمر بن الخطاب (ر : ف ٢٢٩) .

٧١٨ ـ (٣١) « الوكيل مع الاصيل كالشخص الواحد »

« قواعد الحمزاوي مسائل الدعوى ص ٨٧ »

٧١٩ ـ هذا آخر ماقصدنا الى وضعه في هذا الجزء الذي يتألف منه ، المدخل الفقهي العام » ، قد تم والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وهو الجزء الثاني من سلسلة « الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد » .

ورجائي من الله سبحانه أن يوفقني لاتمام السلسلة في الاجزاء التالية ، انه ولي التوفيق .

الفهارس

(١)

الفهرس الأبجدي للمباحث والمسائل

ملاحظات

١ - الأرقام في هذا الفهرس للفقرات لا للصفحات .

٢ - اعتبرنا في الترتيب جميع حروف الكلمة من أصول وزوائد سوى أداة التعريف ، فاننا نهملها ونعتبر ما بعدها .

٣ - وضعنا الكلمات الاساسية في الحقل الايمن ، ومتفرعاتها في الايسر مع الارقام .

٤ - المباحث التي في الحاشية مميزة بوضع حرف (ح) عن شمال الرقم .

٥ - عند تعدد أرقام البحث نضع بين قوسين الارقام الدالة على الموطن الاصلي للبحث المطلوب .

٦ - اذا وجد بعد أحد الارقام عبارة موضوعة بين قوسين فمعناه أن ما بين القوسين هو موضوع الفقرة ذات الرقم الذي قبل القوسين مباشرة .

٧ - أوردنا القواعد الكلية تحت اللفظ الاساسي فيها ، وميزنا كل قاعدة بنجم عن يمينها .

أ

(ت)

ت

ث

ج

(ج - ح)

ح

(د)

د

(ذ ـ ر)

ذ

ر

ز

(س) س

ش

ص

(ص ـــ ض)

ض

ط

ظ

(ع)

غ

(ف) ف

(ق)

ق

ك

ل

م

« م »

ن

و

ي

(٢)

فهرس الأعلام

لأهم الأشخاص الذين ورد ذكرهم في هذا المدخل بمناسبة رأي لهم أو حادثة

على ترتيب أوائل أسمائهم المشهورة من علم أو كنية أو لقب

الفقرة

الفقرة

(٣)

بيان اهم المراجع والمؤلفات

التي نقلنا عنها في هذا المدخل او أحلنا عليها فيه [1]

١) — القرآن الكريم وتفاسيره

١ — أحكام القرآن — لأبي بكر احمد الجصاص الرازي الحنفي (٣٧٠) هـ.
٢ — أحكام القرآن — لأبي بكر محمد بن العربي المالكي (٥٤٣) هـ.
٣ — تفسير القرآن — لعماد الدين اسماعيل بن كثير (٧٤٤) هـ.
٤ — الكشاف — لمحمود بن عمر الزمخشري (٥٣٨) هـ.
٥ — مفاتيح الغيب (التفسير الكبير) — لفخر الدين محمد الرازي (٦٠٦) هـ.

٢) — كتب الحديث النبوي وشروحه

٦ — أقضية رسول الله (ﷺ) — لمحمد بن فرج القرطبي المالكي.
٧ — الترغيب والترهيب — للحافظ عبد العظيم المنذري (٦٥٦) هـ.
٨ — جامع الصحيح (صحيح البخاري) — للامام محمد بن اسماعيل البخاري (٢٥٦) هـ.

---

(١) — صنفنا هذه المراجع الى /١٣/ زمرة بحسب موضوعاتها، ورتبنا كتب كل زمرة بحسب اوائل اسمائها، الا ما كان شرحاً لغيره فاتبعناه به.
والرقم الذي يلي الاسم بين قوسين هو لسنة وفاة المؤلف بالتاريخ الهجري.

٩ - عمدة القاري شرح صحيح البخاري - لبدر الدين محمود العيني الحنفي (٨٥٥) هـ .

١٠ - فتح الباري شرح صحيح البخاري - لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٧٢) هـ .

١١ - جامع الصحيح (صحيح مسلم)- للامام مسلم بن الحجاج القشيري (٢٦١) هـ .

١٢ - الجامع الصغير - لجلال الدين السيوطي (٩١١) هـ .
وشرحه فيض القدير لمحمد عبد الرؤوف المناوي .

(١٣ - ١٦) كتب السنن الأربعة - لأبي داوود، والترمذي، والنسائي، وابن ماجه .

١٧ - الموطأ - للامام مالك بن أنس الأصبحي امام المذهب المالكي (١٧٩) هـ
وشرحه تنوير الحوالك - لجلال الدين السيوطي .

١٨ - نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية لجمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي (٧٦٢) هـ .

١٩ - رياض الصالحين - للامام الحافظ يحيى بن شرف النووي (٦٧١) هـ.

٣ - كتب أصول الفقه

٢٠ - أصول الامام فخر الاسلام البزدوي الحنفي - (٤٨٢) هـ .

٢١ - شرحه كشف الاسرار - للشيخ عبد العزيز البخاري (٧٣٠) هـ .

٢٢ أصول الفقه للشيخ محمد الخضري (الطبعة الأولى) .

٢٣ - تنقيح الفصول - لشهاب الدين أحمد القرافي المالكي (٦٨٤) هـ .

٢٤ - التحرير - للكمال بن الهمام الحنفي (٨٦١) هـ .

٢٥ - شرحه التقرير والتحبير - للقاضي محمد ابن امير الحاج الحنفي (٨٧٩) هـ

٢٦ - المستصفى - للامام أبي حامد محمد الغزالي (٥٠٥) هـ الطبعة الاولى الأميرية .

٢٧ – منار الأنوار – لحافظ الدين النسفي (٧١٠) هـ .
٢٨ - شرحه – لعبد اللطيف ابن الملك .
٢٩ – الموافقات في أصول الشريعة للامام أبي اسحق ابراهيم الشاطبي (٧٩٠) هـ
طبعة المطبعة الرحمانية بتعليقات الشيخ عبد الله دراز .

٤ – كتب الفقه الحنفي

٣٠ – الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية – لقدري باشا المصري .
٣١ – أدب الأوصياء للفضيل بن علي الجمالي البكري المطبوع بهامش جامع الفصولين .
٣٢ – الاسعاف في أحكام الأوقاف – لبرهان الدين ابراهيم بن موسى الطرابلسي طبعة بولاق سنة / ١٢٩٢ هـ .
٣٣ – الأشباه والنظائر – لزين العابدين ابراهيم بن نجيم المصري (٩٧٠) هـ
٣٤ – شرحه « غمز عيون البصائر » لأحمد بن محمد الحموي
٣٥ – اصول استماع الدعوى – للعلامة علي حيدر ترجمة الأستاذ فائز الخوري .
٢٦ – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – للامام علاء الدين أبي بكر ابن مسعود الكاساني (بالسين المهملة أو بالشين المعجمة) (٥٨٧) هـ .
٣٧ – البحر الرائق – لزين العابدين ابراهيم بن نجيم المصري (٩٧٠) هـ .
٣٨ – بهجة المشتاق لاحكام الطلاق – محمد بن عبد الرحمن الحلاوي المصري .
٣٩ – تأسيس النظر – للامام أبي زيد عبيد الله الدبوسي (٤٣٠) هـ .
٤٠ – تبيين الحقائق – لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (٧٤٣) .
٤١ – تنقيح الفتاوى الحامدية – للعلامة محمد امين بن عابدين طبعة الكاستلية
٤٢ – جامع احكام الصغار – للامام محمد بن محمود الاستروشني (٦٣٢) هـ .
٤٣ – جامع الفصولين – لبدر الدين محمود بن اسماعيل المشهور بابن قاضي سماوة (٨٣٢) هـ . طبعة الأزهرية التي بهامشها جامع احكام الصغار وأدب الاوصياء .

٤٤ – جواهر الروايات في الدعاوى والبينات – القاضي الشيخ محمد سليم البشتاوي.
٤٥ – الجوهرة شرح مختصر القدوري – لابي بكر بن علي الحدادي (٨٠٠) هـ.
٤٦ – الخراج – للامام ابي يوسف يعقوب بن ابراهيم صاحب ابي حنيفة (١٩٢) هـ
٤٧ – الدرر شرح الغرر – للقاضي محمد بن فراموز منلاخسرو (٨٨٥) هـ. طبعة احمد كامل في اسطنبول سنة / ١٣٢٩ .
(٤٨ – ٤٩) الدر المختار لمحمد علاء الدين الحصكفي وحاشيته رد المحتار للعلامة محمد امين بن عابدين الطبعة الاولى الاميرية ذات القطع الكبير سنة /١٢٧٢/ هـ، وتكملتها «قرة عيون الاخيار» لابنه الشيخ علاء الدين طبعة الميمنية .
٥٠ – رسالة نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف لابن عابدين في مجموع رسائله .
(٥١ – ٥٢) السراجية (او الفرائض السراجية) – لسراج الدين محمد بن محمد السجاوندي. وشرحها للسيد الشريف علي بن محمد الجرجاني (٨١٤) هـ.
٥٣ – شرح القواعد الكلية – لوالدي الشيخ احمد ابن الشيخ محمد الزرقاء (١٣٥٧) هـ مخطوط في مكتبة المؤلف .
٥٤ – الطريقة الواضحة الى البينة الراجحه (او ترجيح البينات) – للعلامة الشيخ محمود الحمزاوي .
٥٥ – الفتاوى البزازية – لحافظ الدين محمد المعروف بابن البزاز الكردي (٨٢٧) هـ
٥٦ – الفتاوى الخانية – للامام فخر الدين حسن الاوزجندي المعروف بقاضي خان (٥٩٢) هـ
٥٧ – الفوائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية – للشيخ محمود الحمزاوي .
٥٨ – القول الحسن في جواب القول لمن ؟ – لعطاء الله بن نوعي (١٠٣٨) هـ طبعة المطبعة الحجرية / ١٢٧٦ / هـ .

٥٩ – المبسوط – لشمس الائة محمد بن احمد السرخسي (٤٨٣) ﻫ .
٦٠ – مجامع الحقائق – لمحمد ابي سعيد الخادمي
٦١ – مجلة الاحكام الشرعية (وهي القانون المدني الشرعي في المملكة العثمانية)
٦٢ – مرآة المجلة – للفقيه مسعود افندي مفتي قيصرية .
٦٣ – شرح المجلة – للعلامة الشيخ خالد الاتاسي
٦٤ – شرح المجلة – للاستاذ سليم رستم الباز .
٦٥ – شرح المجلة – للعلامة علي حيدر (تعريب الاستاذ فهمي الحسيني) .
٦٦ – مرشد الحيران – للعلامة الفقيه محمد قدري باشا المصري .
٦٧ – معين الحكام – لعلاء الدين علي المرغيناني (٥٩٣) ﻫ . طبعة الميمنية سنة / ١٣١٩ / ﻫ التي معها الشروح التالية :
٦٩ – العناية شرح الهداية – لكمال الدين بن الهمام (٨٦١) ﻫ وتكملته
٧١ – الكفاية شرح الهداية – لجلال الدين الخوارزمي الكرلاني

٥) – كتب فقه المذاهب الأخرى ، والفقه المقارن

٧٢ – الاحكام السلطانية – لابي الحسن علي الماوردي الشافعي (٤٥٤) ﻫ.
٧٣ – الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام – لشهاب الدين احمد القرافي المالكي (٦٨٤) ﻫ .
٧٤ – الاشباه والنظائر – لجلال الدين السيوطي الشافعي (٩١١) ﻫ طبع مكة .
٧٥ – اعلام الموقعين – لشمس الدين محمد بن قيم الجوزية (٧٥١) ﻫ
٧٦ – الأم في مذهب الامام الشافعي .
٧٧ – الانصاف – لعلاء الدين علي بن سليمان المقدمي الحنبلي (مخطوط) ﻫ.
(٧٨ – ٧٩) – انوار البروق في الفروق (أو كتاب الفروق) – لشهاب الدين القرافي المالكي (٦٨٤) ﻫ طبعة دار احياء الكتب العربية بمصر سنة / ١٣٤٧ / هو حاشيته « ادرار الشروق » لقاسم بن عبد الله الشهير

بابن الشاط (٧٢٣) ﻫ وتنقيحه المسمى « تهذيب الفروق » لمحمد علي ابن حسين المكي المالكي .
٨٠ – بداية المجتهد – للقاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد (٥٩٥) ﻫ طبعة الجمالية بمصر سنة / ١٣٢٩ ﻫ .
٨١ – تبصرة الحكام – لبرهان الدين ابراهيم الشهير بابن فرحون اليعمري المالكي (٧٩٩) ﻫ .
٨٢ – رسالة الأهلية وعوارضها والولاية – للعلامة المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم أستاذ الشريعة في كلية الحقوق بجامعة القاهرة .
٨٣ – رسالة العقود والشروط – للعلامة المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم أيضاً .
٨٤ – السياسة الشرعية – للاستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف أستاذ الشريعة في كلية الحقوق بجامعة القاهرة .
٨٥ – شرح الأزهار في فقه الشيعة الزيدية .
٨٦ – الشافي شرح المقنع (أو الشرح الكبير) – لشمس الدين عبدالرحمن ابن محمد الشهير بابن قدامة المقدسي (٦٨٢) ﻫ المطبوع مع المغني بطبعة المنار .
٨٧ شرح المنظومة الرحبية في الفرائض على المذهب الشافعي لمحمد بن أحمد السبط المارديني (٨٠٩) ﻫ .
٨٨ – فتاوى شيخ الاسلام تقي الدين أبي العباس أحمد الشهير بابن تيمية (٧٢٨) .
(٨٩–٩٠) الفروع – لمحمد بن مفلح الحنبلي وحاشيته « تصحيح الفروع » لعلي المقدسي طبعة المنار .
٩١ – الفقه على المذاهب الأربعة .
٩٢ – قاعدة العقود – لابن تيمية مخطوط ، ثم طبع أخيراً في مصر تحت اسم « نظرية العقد »

٩٣ – القواعد – لعبد الرحمن بن رجب الحنبلي (٧٩٥) هـ .
٩٤ – قواعد الأحكام – لعز الدين عبد العزيز بن عبد السلام الشافعي (٦٦٠) هـ .
٩٥ – كشاف القناع لمنصور بن يونس البهوتي الحنبلي، شرح الاقناع (١٠٥١) هـ .
٩٦ – المدونة في مذهب الامام مالك .
٩٧ – معالم القربة في أحكام الحسبة – لمحمد بن محمد المعروف بابن الإخوة الشافعي (مطبعة دار الفنون في كمبردج) .
٩٨ – المغني شرح مختصر الخرقي – لموفق الدين عبد الله بن أحمد الشهير بابن قدامة الحنبلي المقدسي (٦٢٠) هـ المطبوع مع الشرح الكبير بمطبعة المنار .
٩٩ – نظام النفقات في الشريعة الاسلامية – للعلامة المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم .
١٠٠ – نهاية المحتاج شرح منهاج النووي – لشمس الدين الرملي الشافعي (١٠٠٤) هـ .

٦ – كتب تاريخ التشريع والفقه الاسلامي

١٠١ – تاريخ التشريع الاسلامي – للاساتذة : السبكي والسايس والبربري، المدرسين في كلية الشريعة بالأزهر .
١٠٢ – تاريخ التشريع الاسلامي – للشيخ محمد الخضري .
١٠٣ – نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي – لعلي حسن عبد القادر الأستاذ في كلية الشريعة بالأزهر .

٧ – مؤلفات عصرية في الشريعة الاسلامية

١٠٤ – القصاص في الشريعة الاسلامية – للدكتور محمد ابراهيم أحمد (رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة) .
١٠٥ – مذكرة الالتزامات في الشرع الاسلامي – للاستاذ العلامة الشيخ أحمد ابراهيم .
١٠٦ – النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية – الدكتور شفيق شحاته أستاذ القانون المدني في كلية الحقوق بالقاهرة (رسالة دكتوراه)

٨ ـــ كتب القانون والفقه الأجنبي

١٠٧ ـ الأهلية والمجالس الحسبية ـ للمحامي الأستاذ محمد هاشم المهنا المصري.

١٠٨ ـ التقنين المدني المصري (المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري الجديد) ـ لجمال الدين العطيفي .

١٠٩ ـ الحقوق الرومانية ـ للاستاذين الفرنسيين مونيه وجيفار (باللغة الفرنسية)

١١٠ ـ الحقوق الرومانية ـ للاستاذ الدكتور محسن البرازي .

١١١ ـ دروس القانون المدني الافرنسي ـ للاستاذين الفرنسيين كولان وكابيتان (باللغة الفرنسية) .

١١٢ ـ شرح القانون المدني المصري القديم ـ للاستاذ فتحي زغلول باشا .

١١٣ ـ القانون المدني المقارن (نظرية الالتزامات) ـ للدكتور محسن شفيق الاستاذ في كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية .

١١٤ ـ القانون المدني المقارن (عقد البيع) ـ للدكتور محسن شفيق أيضاً .

١١٥ ـ موجز الحقوق المدنية الافرنسية ـ اصدار مكتبة دالوز (باللغة الفرنسية).

١١٦ ـ الموجز في نظرية الالتزامات ـ للاستاذ الكبير عبد الرزاق السنهوري.

١١٧ ـ نظرية العقد ـ للاستاذ عبد الرزاق السنهوري أيضاً .

٩ ـــ كتب اللغة والنحو

١١٨ ـ أساس البلاغة ـ للعلامة محمود بن عمر الزمخشري (٥٣٨) هـ .

١١٩ ـ التعريفات .. للسيد الشريف علي بن محمد الجرجاني (٨١٤) هـ .

(١٢٠ - ١٢١) شرح ألفية ابن مالك ـ لعلي بن محمد الأشموني وحاشية الصبان عليه .

١٢٢ ـ شفاء الغليل فيما في كلام العرب من الدخيل ـ لشهاب الدين أحمد الخفاجي (١٠٩٦) .

١٢٣ ـ غريب القرآن ـ لأبي محمد بن عزيز السجستاني (٣٤٠) هـ .

١٢٤ ـ القاموس المحيط ـ لمجد الدين الفيروزابادي .

١٢٥ – لسان العرب – لجمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور (٧١١) هـ .
١٢٦ – المصباح المنير – لأحمد بن محمد الفيومي (٧٧٠) هـ .
١٢٧ – المعرب – لأبي منصور موهوب بن أحمد الجواليقي (٥٤٠) هـ .
١٢٨ – مفردات ألفاظ القرآن – لأبي القاسم الحسن بن محمد الشهير بالراغب الأصفهاني .
١٢٩ – النهاية في غريب الحديث – لمجد الدين المبارك الشهير بابن الاثير (٦٠٦) هـ .

١٠ – كتب الأدب والتاريخ

١٣٠ – الاصابة في تمييز الصحابة – للحافظ أحمد بن حجر العسقلاني (٨٥٢) هـ.
١٣١ – البيان والتبيين – لعمرو بن بحر الجاحظ (٢٢٥) هـ بشرح السندوبي.
١٣٢ – تاريخ آداب اللغة العربية – للعلامة بروكلمن ، (الأصل والذيل بالألمانية) .
١٣٣ – تاريخ الأمم والملوك – لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري (٣١٠) هـ.
١٣٤ – جمهرة رسائل العرب للاستاذ أحمد زكي صفوة المصري (معاصر) .
١٣٥ – خلاصة الذهب المسبوك المختصر من سير الملوك – لعبد الرحمن سنبط الاربلي .
١٣٦ – سيرة عمر بن الخطاب – للاستاذين القاضيين الأخوين علي وناجي الطنطاوي .
١٣٧ – شذرات الذهب في أخبار من ذهب – لعبد الحي بن العماد الحنبلي (١٠٨٩) هـ .
١٣٨ – عيون الأخبار لأبي محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة (١٧٦) هـ .
١٣٩ – فتوح البلدان – لأبي الحسن أحمد بن يحيى البلاذري (٢٧٩) هـ .
١٤٠ – الفوائد البهية في تراجم الحنفية – لعبد الحي اللكنوي .

١٤١ — قاموس الاعلام ـ لخير الدين الزركلي .
١٤٢ -- الكامل ـ لأبي العباس محمد بن يزيد المبرد (٢٨٥) .
١٤٣ رسالة محاسن المساعي في ترجمة الامام الأوزاعي ، (بتحقيق وتقدمة الأمير شكيب أرسلان) .
١٤٤ — الملل والنحل ـ لأبي الفتح محمد الشهرستاني (٥٤٨) ﻫ .
١٤٥ - يقظة العرب ـ لجورج أنطونيوس (تعريب الأستاذ حيدر الركابي).

١١ — مؤلفات أخرى ذات صلة

١٤٦ — الاعتصام ـ للامام أبي اسحق ابراهيم الشاطبي صاحب الموافقات .
١٤٧ — الاموال ـ للامام الكبير الحافظ أبي عبيد القاسم بن سلام (٢٢٤)ﻫ.
١٤٨ — الطرق الحكمية لابن القيم (٧٥١) ﻫ .

١٢ — المؤلفات الحديثة التي صدرت « أو اطلعنا عليها »

بعد الطبعة الثانية من هذا المدخل

واستندنا الى شيء منها في الطبعات التي بعدها

١٤٩ — الحق والذمة وتأثير الموت فيها ـ للاستاذ الشيخ علي الخفيف استاذ الشريعة الاسلامية في كلية الحقوق بجامعة القاهرة الطبعة الاولى
١٥٠ - أبو حنيفة (امام المذهب) ـ للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة أستاذ الشريعة الاسلامية بمصر (طبع دار الطباعة والنشر) .
١٥١ - مالك (امام المذهب) للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة أيضاً .
١٥٢ - الشافعي (امام المذهب) للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة أيضاً .
١٥٣ — ابن حنبل (امام المذهب) للاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة ايضا .
١٥٤ - تاريخ الفقه الاسلامي - اصدار كلية الشريعة في الازهر (مطبعة وادي الملوك)

١٥٥ - رسالة « تعليل الاحكام » للاستاذ محمد مصطفى شلبي المدرس في كلية الشريعة بالازهر (رسالة لقب استاذية في الفقه الاسلامي)

١٥٦ - رسالة « العرف والعادة في رأي الفقهاء » - للاستاذ احمد فهمي ابي سنة المدرس في كلية الشريعة بالازهر (رسالة لقب استاذية في الفقه الاسلامي

١٥٧ - فقه القرآن والسنة في القصاص- للاستاذ الشيخ محمود شلتوت من أعضاء هيئة كبار العلماء بمصر

١٥٨ - الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي - للاستاذ محمود بن الحسن الحجوي الفاسي وزير المعارف والعدلية بالرباط في المغرب .

١٥٩ - مقدمة الاستاذ الفرنسي (دو نديو دو فابر) لرسالة المسؤولية الجزائية في الشريعة الاسلامية - للدكتور انور ابراهيم باشا الاستاذ في كلية الحقوق بدمشق (باللغة الفرنسية) .

١٦٠ - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - للاستاذ الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري .

١٦١ - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية - للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة.

١٦٢ - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية - للاستاذ الدكتور صبحي المحمصاني من بيروت

١٦٣ نقد مشروع القانون المدني المصري الجديد ، وطلب استمداده من فقه الشريعة الاسلامية بمذاهبه المختلفة مع نموذج لكتاب العقد من القانون مستمداً من الفقه الاسلامي (وضع جماعة من علماء القانون والشريعة الاسلامية في كلية الحقوق بجامعة القاهرة الطبعة الاولى)

١٣) - المقالات والمحاضرات المنشورة

محاضرة بعنوان « قضاء الجماعة وقضاء الفرد » للكاتب المؤرخ الكبير رفيق بك العظم منشورة في كراسة مستقلة .

١٦٤ – مقالة بعنوان « الشريعة الاسلامية مصدر صالح للتشريع الحديث» – للاستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف منشورة في مجلة القانون والاقتصاد المصرية (السنة / ١٠ / العدد / ٣) .

١٦٥ – مقالة بعنوان : « من مجلة الاحكام العدلية الى القانون المدني العراقي » للاستاذ عبد الرزاق السنهوري منشورة في مجلة القضاء ببغداد (السنة ٢ العدد / ١ – ٢) في صفر ١٣٥٥ ﻫ = ايار ١٩٣٦ م ، ومنقولة عنها في مجلة نقابة المحامين بدمشق (السنة الاولى ، العدد / ٦ – ٧) .

(٤)

فهرس الموضوعات بحسب ترتيبها في الكتاب

الجزء الأول

القسم الاول

مقدمة تعريفية وتاريخية عن الفقه الاسلامي ومصادره

القسم الثاني

الصفحة	الفقرة	
٣٧٤	١٨٦	٢ً) ـ الخلابة (الخيانة ، والتناجش ، والتغرير ، وتدليس العيب)
٣٨٥	١٨٨	خلاصة حكم الخلابة بوجه عام
٣٨٧	١٨٩	حكم الغبن المجرد ومستثنياته
٣٩٠		٣ً) ـ الغلط (وفيه مباحث هامة جديدة)
٤٠٧	١٩٢	(الشعبة الثانية) : في عيب الارادة الناشيء بسبب طاريء ، وهو اختلال التنفيذ ، وفيه (تفرق الصفقة ، عيب المبيع غير المدلس ، ظهور المبيع مرهوناً او مأجوراً . امتناع العاقد عن الوفاء)
٤١٤	١٩٢/٦	**ملاحظات** : حول عيوب الرضى
٤١٧	١٩٣	« **الفصل الثالث** » : آثار العقد وما اليها
		(**الفرع الاول**) : النفاذ
٤١٨	١٩٤	« **البحث الاول** » (وفيه بحوث عن نظرية التوقف وانواع العقود الموقوفة وانواع المانع من النفاذ وغير ذلك)
٤٢٩	١٩٤/٧	« **البحث الثاني** » : مدى نفاذ العقود على الاشخاص
٤٣٥	١٩٥	(**الفرع الثاني**) الالزام واللزوم
٤٣٦	١٩٥/٢	« **البحث الاول** » : الالزام (معنى الالزام في اصطلاحنا هذا انشاء الالتزامات) وفيه بحث عن الالتزامات العقدية والتفريق بينها وبين الحكم الاصلي للعقد وبيان النتائج الهامة لهذا التفريق .
٤٤٤	١٩٥/٨	« **البحث الثاني** » : اللزوم
٤٤٤	١٩٦	**المطلب الاول** ـ متى تثبت صفة اللزوم للعقد (خيار المجلس واختلاف الاجتهادات فيه)
٤٤٨	١٩٧	**المطلب الثاني** ـ نظرية عدم اللزوم والعقود غير اللازمة
٤٤٨	١٩٨	(الشعبة الاولى) عدم اللزوم بمقتضى طبيعة العقد ، وانواعه الثلاثة ، وعقد الاستصناع

الصفحة	الفقرة

الصفحة	الفقرة

الجزء الثاني

الصفحة	الفقرة
٨٠٧	٤٦٢/٣المديونية : تأثيرها في الاهلية في نظر متأخري الفقهاء
٨١١	٤٦٣ تنبيه هام : حول ذكر الفقهاء طائفة من عوارض الاهلية لا يجوز عدها منها
٨١٦	٤٦٤ « الفصل الثالث » . الولاية او النيابة الشرعية
٨١٨	٤٦٧ الولاية على النفس وعلى المال . اجتماعها وانفصالها
٨٢٣	٤٧٠ قوة الولاية وضعفها وتوزيعها بحسب ذلك على الاولياء
٨٢٨	٤٧٤ تنبيه هام : حول التركيز العلمي الجديد في عرضنا لنظرية الاهلية في الشريعة بصورة حلت مشكلاتها .
٨٣٢	٤٧٥ الباب الخامس : نظرية العرف
٨٣٣	« الفصل الاول » : لمحة عامة ، وتعريف ، وتقسيم
٨٣٣	٤٧٦ (الفرع الاول) : منشأ العادة والعرف ، وتعريفهما ، والنسبة بينهما
٨٤٤	٤٨٦ (الفرع الثاني) : تقسيم العرف (العرف اللفظي والعملي ، العرف العام والخاص)
٨٥٠	(الفصل الثاني) : سلطان العرف في الاحكام ، وشرائط اعتباره
٨٥٠	٤٩١ (الفرع الاول) : سلطان العرف (سلطان العرف اللفظي ، وسلطان العرف العملي في الافعال العادية ، وفي المعاملات المدنية)
٨٧٢	٥٠٢ ملاحظة : الاحكام المبنية على العرف تتبدل شرعاً بتبدله
٨٧٣	٥٠٣ (الفرع الثاني) : شرائط اعتبار العرف
٨٨٢	٥٠٨ « الفصل الثالث » : مخالفة العرف للادلة الشرعية
٨٨٤	٥١٠ (الفرع الاول) : حالة اصطدام العرف بنص تشريعي خاص
٨٨٩	٥١٤ استثناء النص العرفي
٨٩٣	٥١٦ (الفرع الثاني) : حالة تعارض العرف مع نص تشريعي عام
٨٩٣	٥١٧ الفرق في ذلك بين العرف المقارن لورود النص والحادث بعده

القسم الثالث

ملاحظة

تكرم الاستاذ الدكتور السيد ماجد الحلواني فساعدني في تنظيم هذه الفهارس ولاسيا الابجدي ، فله مزيد الشكر والتقدير.

تصويبات في المجلد الأول

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٧	١٩	ينوه	ينوه
٢٦	٣	التشريعي	التشريع
٣٥	٩	إنماعليك البلاغ	فانماء'يك البلاغ
٤٤	٢	لمألوفة	المألوفة
٤٨	١٠	فتواة	فتواه
٦٩	٢٠ (هامش)	التأذن	التأذي
١٠٤	١٣	أما	إما
١٠٤	١٦	وأما	وإما
١٢٤	١٥	بجماعون	بجماعة
١٣٥	٢	نتيجة	نتيجته
١٨٢	١٨	التحميص	التمحيص
٢٢٨	١٦	تتنبىء	تنبىء
٢٤١	١	شرعاً صاحبه	شرعاًيسوغ صاحبه
٢٨٥	٢٠	فو	فهو
٣٥١	١٦	الادارة	الارادة
٣٧٠	٩	بنوعية	بنوعيه
٣٦٨	١٣	—	١ —

تصويبات في المجلد الثاني

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٥٩٥	١٩	فـ ن	فإن
٦٢٢	١	ا عفو	العفو
٦٢٦	١٦	هو	وهو
٦٢٧	١٧	ج ١	ج ٣
٦٣١	١٢	بقرل	بقول
٦٣٤	١٨	٨٦	١٨٦
٦٥٤	١٠	مخالقة	مخالفة
٦٩١	١	المتعاقـ ين	المتعاقدين
٧٠٠	١٥	ر إ	ر :
٧٠٠	١٦	الحقيقة	الحنفية
٧٠٥	١٩	التصرفـ ت	التصرفات
٧٠٧	١١	ينتع	يمتنع
٧١٥	١٦	التقو	التقوم
٧١٥	١٧	تفصتل	تفصيل
٧٢٣	٦	قابون	قانون
٧٣٠	٧	ف ٩٤	ف ١٩٤
٧٣٠	٩	بع	بعد
٧٥٩	٢	طو	طور
٧٧٤	٢	لدية	لديه

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٧٩٧	١٢	المادة / ١٠٥ /	المادة/١١٥/
٨١٣	١٢	منة	منه
٨١٩	٣	و يه	ولاية
٨٢١	١٥	رذ	رد
٨٢٢	٢	الو ية	الولاية
٨٢٣	٤	الو ية	الولاية
٨٢٥	٣	الاصل	الأصل
٨٢٥	١١	للاولياء	الأولياء
٨٢٩	١٢	إهلية	أهلية
٨٤٠	١٩	—	ص ١٠
٨٤١	١٨	وهر	وهو
٨٤٨	١٤	بخلافة	بخلافه

٨٦٠ يضاف في آخر الصفحة ما يأتي : « مايراد زرعه فيها » أو التصريح بأن المستأجر أن يزرع ماشاء ، وذلك

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٨٦٢	١٤	الحادم	الخادم
٨٦٤	١٠	ضامسا	ضامناً
٨٨٠	٨	نتقيد	تتقيد
٨٨٠	١٥	ف ٥٧٠	ف ٥٠٧
٨٨٦	١٣	ر كذلك	و كذلك
٩١٣	٣	— أو —	(أ)
٩١٥	٢٢	/٩	/٣٩
٩٢١	٢	أنه	إنه

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٩٣٢	١٣	كضا	كضالة
٩٥١	١	٣)	٢)
٩٦٥	٧	٧٥٢	٥٧٢
٩٧٠	١٥	براء	براءة
٩٧٢	٦	ولا	لا
٩٧٤	٥	مواطن	موطن
١٠٤٤	٩	مالم الآمر	مالم يكن الآمر
١٠٤٧	٢	لامعنى	لامعنى القصد
١٠٦٥	١١	الثلاتة	الثلاثة
١٠٧٨	٢٠	إعما	إعمال
١٠٨١	٢٣	نغتقر	يغتفر
١٠٨٢	١٤	٦٧٨	٦٨٨
١٠٨٩	١٧	الجدير	الجديد
١١١٠	١٠	ونتيجة ما	ونتيجته هي ما
١١٣٠	٦	الفقة	الفقه
١١٤٠	٧	عملة	عمله
١١٤٣	٥	الفغه	الفقه
١١٤٤	١٤	سرح	شرح
١١٤٥	٢٣	١٣٤٧/هو	١٣٤٧ / ه و



Bibliotheca Alexandrina
0597392